

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
PRÉSIDENT-DIRECTEUR-GÉNÉRAL

Loi du 16 Novembre 1940

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 7 juin 1941, à 13 h. 30

PAR

M. Jean LEFEBVRE

Président : M. PERCEROU, Professeur

Suffragants : { *M. RAULT, Professeur à Lille*
M. DURAND, Professeur à Nancy

PARIS

LES EDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}

158-160, Rue Saint-Jacques, 158-160

1941

L E

PRÉSIDENT-DIRECTEUR-GÉNÉRAL

Loi du 16 Novembre 1940

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 7 juin 1941, à 13 h. 30

PAR

M. Jean LEFEBVRE

Président : M. PERCEROU, Professeur

Suffragants : { *M. RAULT, Professeur à Lille*
M. DURAND, Professeur à Nancy

PARIS

LES EDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}

158-160, Rue Saint-Jacques, 158-160

1941

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Depuis plus d'un demi-siècle, les sociétés anonymes étaient régies par le texte fondamental de la loi du 24 juillet 1867. Véritable chartre des sociétés anonymes, la loi de 1867 était l'image, tant par la souplesse de ses dispositions que par la qualité de leur rédaction, de l'adaptation du droit aux règles nouvelles que le développement commercial prodigieux du XIX^e siècle commandait. Grâce aux principes qu'avait dégagés cette loi fameuse, les sociétés anonymes étaient rapidement devenues le seul mode de sociétés susceptibles de réunir une masse de capitaux suffisants pour permettre aux entreprises nouvelles de se développer.

Fondées sur les principes de l'administration collective de la société par des mandataires choisis par les associés et sur le partage des responsabilités sociales entre ces mandataires, les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 s'étaient adaptées aux changements que subissent nécessairement, sous l'effet du temps, les meilleures institutions juridiques. On peut, en effet, affirmer que les amendements nombreux que devait subir ce texte fondamental, s'ils apportèrent sur certains points de profondes modifications aux règles mêmes qui présidaient, soit à la formation, soit à la marche ou à la dissolution des sociétés, soit surtout à la responsabilité de leurs dirigeants, s'inspirèrent néanmoins des

deux principes fondamentaux sur lesquels repose la notion même de l'anonymat et qu'à l'instant nous évoquions : administration et direction collectives, responsabilités réparties.

A ces deux idées maîtresses, la loi du 16 novembre 1940, reproduisant à quelques additions près, la loi du 18 septembre 1940, substitue celles de la direction unique et de la responsabilité unique. Les six articles de cette loi, dont la rédaction est aussi imparfaite qu'obscur, aboutissent ainsi à un renversement complet de la notion même de société anonyme. Et l'on peut légitimement s'étonner que le législateur ait, sans s'inquiéter davantage des rouages complexes du mécanisme des sociétés anonymes, délibérément rompu les bases sur lesquelles elles reposaient.

Des réformes du droit des sociétés anonymes étaient, certes, souhaitables, car il n'est pas possible d'ignorer les abus auxquels, sous le couvert de l'anonymat, se livrèrent certains esprits peu scrupuleux. Mais ces tristes exemples ne doivent pas conduire à une généralisation hâtive, car peindre sous leur couleur la conduite des affaires manquerait de vérité. L'obsession de ces abus conduirait rapidement à la suppression complète des sociétés par actions. Or, même au sein d'une économie dirigée, il ne paraît pas possible d'envisager la disparition de ces organismes qui, fussent-ils d'un trait de plume supprimés, reparaitraient bientôt sous un voile déguisé.

Pour souhaitables qu'étaient les réformes, encore aurait-il fallu qu'elles fussent apportées au régime existant avec tout le soin et toute la science désirables. Or, les intentions du législateur du 16 novembre 1940 res-

tent dans l'ombre. Tout en sapant les bases mêmes de l'anonymat, il a voulu essayer d'intégrer dans le régime existant cette notion nouvelle du chef unique, comme s'il était possible de maintenir l'accessoire lorsque l'on retire le principal. Aucun travail préparatoire ne permet de déceler exactement quelles sont les solutions qu'il a envisagées dans les trop nombreux cas où le nouveau texte laisse planer la plus complète incertitude.

Il semble d'ailleurs que l'idée directrice de la loi nouvelle a été puisée par le législateur français dans la législation germanique, et notamment dans la loi allemande du 30 janvier 1937. Or, ainsi que nous l'exposerons, comme il n'y a pas de commune mesure possible entre la législation allemande des sociétés anonymes et la nôtre, la tentative d'une adaptation partielle de notre droit au droit allemand ne pouvait qu'aboutir, sur ce point, à un résultat imparfait.

Et l'on est amené à considérer que la loi du 16 novembre, encore qu'elle ait pour titre « Loi relative aux sociétés anonymes », constitue la manifestation incontestable d'une tendance législative nouvelle vers la suppression de l'anonymat, car, en plaçant à la tête de la Société un dirigeant unique, le Président Directeur Général qui, en contre-partie de ses pouvoirs, supporte une responsabilité lourdement aggravée, elle réserve à ce mandataire des associés une situation voisine de celle qu'occupe dans les sociétés en commandite par actions le commandité gérant et elle aboutit à substituer insensiblement à la Société anonyme, la commandite par actions.

C'est cette tendance que nous essayerons de dégager

en étudiant cet organe nouveau, le Président Directeur Général, qui désormais préside et dirige les sociétés anonymes.

Les deux lois de septembre et de novembre ne faisant que se compléter, nous avons été amenés, pour notre étude, à comparer fréquemment leurs dispositions réciproques, puisqu'aussi bien elles sont les seules manifestations de la tendance législative nouvelle.

Et il nous a paru que le plan suivant pouvait être adopté :

Après avoir, dans un premier chapitre, rapidement examiné l'organisation de la direction des Sociétés anonymes, telle qu'elle résultait des lois antérieures aux lois de septembre et de novembre 1940, nous dégagerons, dans un second chapitre, les principes généraux posés en cette matière par les deux lois nouvelles.

Dans un chapitre III, nous étudierons les pouvoirs et les fonctions du Président Directeur Général.

Dans un chapitre IV, nous envisagerons les règles sur lesquelles se fonde dorénavant sa responsabilité.

Dans un chapitre V, nous traiterons la question de la cessation des fonctions de Président Directeur Général.

Dans un chapitre IV, enfin, nous jetterons un rapide coup d'œil sur la législation allemande en la comparant, en ce qui concerne la direction des Sociétés anonymes, avec la nouvelle législation française.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ORGANISATION DE LA DIRECTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES AVANT LES LOIS DES 18 SEPTEMBRE ET 16 NOVEMBRE 1940

La loi du 24 juillet 1867, profondément modifiée par les décrets-lois de 1935 et 1937, constituait, jusqu'aux deux lois nouvelles, la base de la législation des Sociétés par actions.

L'article 32 qui, depuis la rédaction primitive, n'avait subi aucune modification, s'exprimait ainsi :

« Les Sociétés anonymes sont administrées par un ou
« plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou
« gratuits, pris parmi les associés. »

« Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un direc-
« teur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un
« mandataire étranger à la Société et dont ils sont respon-
« sables envers elle ».

Cet article constituait, à lui tout seul, le texte unique sur lequel se fondaient, depuis 1867, les sociétés pour assurer leur direction.

Si l'on parcourt la loi, on ne trouve, en effet, aucun texte édictant avec netteté les règles destinées à fixer les principes de l'organisation de la direction des Sociétés anonymes.

L'article 25 de la loi de 1867, expose que les mandataires dont parle l'article 22 sont nommés par la pre-

mière assemblée générale. Il fixe la durée de leur mandat qui ne peut excéder six années, les conditions de leur réélection, et ajoute, dans le paragraphe 3, que ces administrateurs « peuvent être désignés par les statuts, « avec stipulation formelle que leur nomination ne sera « point soumise à l'approbation de l'assemblée générale. « En ce cas, ils ne peuvent être nommés pour plus de « trois ans. »

L'article 26 fixe certaines des conditions qu'il faut remplir pour pouvoir être administrateur en indiquant que les statuts doivent déterminer le nombre minimum d'actions que chaque administrateur devra posséder. « Ces actions, ajoute le paragraphe 2 de ce texte, sont « affectées en totalité à la garantie de tous les actes « de la gestion, même de ceux qui seraient exclusive- « ment personnels à l'un des administrateurs. »

Quelques textes indiquent, enfin, la conduite que doivent adopter les administrateurs dans certains cas particuliers, mais c'est en vain que l'on pourrait chercher, dans la loi du 24 juillet 1867, l'organisation de la direction des sociétés par actions, les pouvoirs et les attributions de leurs dirigeants.

Ce fut donc la pratique qui, peu à peu, aidée de la jurisprudence, dégagea les règles d'organisation de la Direction de ces sociétés.

Devant le silence des textes, la société était, en fait, administrée par un collège, le Conseil d'administration (terme qui, bien que couramment employé, n'était pas dans la loi) et dirigée par une ou plusieurs personnes désignées par ce conseil. Cependant, comme l'article 22 de la loi ne l'interdisait pas, il se pouvait que la société

fût administrée par un seul mandataire qui, alors, en assumait la direction.

Ainsi, aux termes de la législation en vigueur au moment de la promulgation des lois de septembre et de novembre, les premiers administrateurs ou le premier administrateur étaient nommés par l'assemblée générale. Dans le premier cas, ils organisaient eux-mêmes la direction de la société ; dans le second, en général, l'administrateur unique était à la fois administrateur et directeur, encore que lui soit reconnu le droit de nommer, si cela était nécessaire, des directeurs placés sous son contrôle.

Mais la formule de l'administration unique était assez rarement utilisée, malgré les résultats parfois heureux auxquels elle a conduit certaines sociétés. Les statuts, en général, envisageaient la désignation de plusieurs administrateurs qui se réunissaient en conseil. Et c'est, nous l'allons voir, ce conseil d'administration qui organisait de lui-même la direction de la société. Il était, en effet, nécessaire que ce conseil, organe essentiellement collectif, eût à sa disposition un ou plusieurs mandataires, personnes physiques, qui auraient pour fonction de mettre en exécution ses délibérations. Et ces mandataires furent vite, dans la pratique, le Président ou l'administrateur délégué. Car, bien que la loi n'en ait pas parlé, il était évident qu'il fallait que quelqu'un présidât le collège des administrateurs, de même qu'il était nécessaire que quelqu'un reçût de ce collège délégation de pouvoirs pour faire exécuter les décisions délibérées en commun.

Et ainsi, lorsque l'administration de la société était assurée, non par un administrateur unique, mais par

un Collège d'administrateurs, le conseil d'administration, deux personnages jouaient rapidement un rôle prépondérant dans la marche des affaires sociales, le Président et l'administrateur délégué. Véritables émanations du Conseil, en principe et sauf stipulation contraire révocables par lui *ad nutum*, révocables, au demeurant, ainsi d'ailleurs que tous leurs collègues, par l'assemblée générale, ces deux administrateurs et surtout l'administrateur-délégué, prenaient soin pour pallier le risque de leur révocation, de se faire consentir, par le Conseil, un contrat de louage de services, un contrat de directeur, qui les plaçaient dans la position d'un salarié vis-à-vis de la société et des actionnaires et leur assuraient, en dehors d'un traitement qui s'ajoutait à leurs jetons de présence, la pérennité de leurs fonctions en ne les mettant plus à la merci du conseil d'administration ou de l'assemblée.

Cependant, le rôle de Président et celui de l'administrateur-délégué, étaient fort différents. Tandis que l'administrateur-délégué assurait véritablement la direction de l'entreprise, le rôle du président était, dans la plupart des cas, sauf lorsqu'il était à la fois président et délégué du conseil, un rôle plus représentatif qu'actif. Ce rôle, d'ailleurs, en général, était double.

Il comprenait, d'une part une partie purement extérieure et représentative à laquelle aucune attribution nettement définie ne correspondait. Le Président était le représentant officiel de la société vis-à-vis du public et de l'extérieur. Il était souvent chargé des questions financières. C'est lui qui recherchait les capitaux nouveaux nécessaires, soit à une augmentation de capital, soit à un emprunt. Il était en relation avec les banques.

Le Président avait, d'autre part, un rôle plus actif à l'intérieur même de l'affaire. C'est ainsi qu'il convoquait le Conseil d'administration dont il présidait les débats ; sauf dispositions contraires des statuts, il signait le procès-verbal des délibérations. De plus, il convoquait l'assemblée générale, la présidait et signait le procès-verbal des assemblées. Enfin, il arrivait parfois que les statuts lui conférassent un droit de contrôle et de surveillance particulier sur la gestion du directeur général qui, nous le verrons plus loin, jouissait, lui, de pouvoirs étendus. Et, en dehors des attributions que nous venons d'énumérer, les statuts lui reconnaissaient fréquemment la mission de mener conjointement avec le Directeur général ou l'administrateur-délégué, la négociation des actes les plus importants de la vie sociale.

Mais, alors que le Président avait surtout un caractère représentatif, l'administrateur-délégué était le véritable animateur de la société et l'exécutant des décisions du conseil d'administration. Prévu par la loi de 1867 qui donnait, nous l'avons vu, aux administrateurs la possibilité de choisir parmi eux un Directeur ou de déléguer à l'un d'entre eux l'exercice d'une partie ou de la totalité du mandat qu'ils avaient reçu de l'assemblée générale, l'administrateur-délégué jouissait de larges pouvoirs qui, en général, pouvaient être classés sous les rubriques suivantes :

- 1° Surveillance et direction du travail des usines et des bureaux ;
- 2° Surveillance de la caisse et du portefeuille ;
- 3° Recrutement du personnel, rédaction des contrats de travail, fixation des conditions de travail ;

- 4° Représentation de la société vis-à-vis des tiers et, à ce titre, négociation de toutes les affaires qui entrent dans les opérations courantes de la société : achats de matières premières conclusion des marchés, etc... ;
- 5° Exécution de tous les mouvements de fonds que nécessitaient les opérations précédentes, actions et présentation des traites à l'escompte et accomplissement de toutes les opérations de Banque nécessitées par les affaires sociales ;
- 6° Actions en justice au nom de la société et représentation de celle-ci devant les tribunaux, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse ;
- 7° Il devait enfin, sauf à en référer après coup au Conseil, faire tous actes urgents et qui ne pouvaient être différés.

L'administrateur délégué jouait donc, dans la société, un rôle prépondérant. Il était pratiquement le véritable dirigeant de la société.

Et il résultait de cela que le Conseil ne possédait plus, en fait, qu'un droit de regard assez mince sur la direction de la société. Théoriquement, les droits du conseil étaient des plus vastes, mais pratiquement le délégué du conseil en avait seul l'exercice, et le rôle du Conseil se bornait ainsi à un rôle de contrôle.

Lorsque, d'ailleurs, il s'agissait, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, de sociétés importantes, le conseil pouvait fort bien confier la délégation à plusieurs de ses membres en les chargeant chacun d'attributions distinctes.

Il pouvait encore, si la marche des affaires l'exigeait, et pour autant que les statuts l'y autorisassent, déléguer une large partie de ses pouvoirs à ce que l'on appelait, dans la pratique, un « *comité de direction* », composé

d'un nombre variable de membres pris parmi les administrateurs et destiné à assurer collectivement la gestion des opérations courantes et l'exécution des décisions du Conseil..

De plus, lorsque les statuts le permettaient, le Conseil déléguait fréquemment ses pouvoirs à une personnalité venue du dehors, désignée ordinairement sous le nom de Directeur Général. Ce Directeur Général qui, dans la pratique, jouait un rôle comparable à celui de l'Administrateur Délégué, était, comme ce dernier, révocable *ad nutum* par le conseil et ces fonctions cessaient avec celles du conseil. Cependant, un contrat de louage de services pouvait, tout en réglant la sphère de son activité, prévoir qu'en cas de révocation survenant avant l'expiration de son contrat, une indemnité lui serait versée.

Ce directeur, étranger au conseil — et cela se rencontrait assez souvent — était parfois nommé, non pas par le Conseil d'administration, mais tenait ses pouvoirs des statuts eux-mêmes, ou encore de l'assemblée générale des actionnaires. Dans ce cas, les pouvoirs qui lui étaient conférés étaient indépendants de ceux que possédait le Conseil pour la gestion des affaires sociales prises dans leur ensemble.

Ainsi, les pouvoirs de Direction des Sociétés anonymes émanaient, soit des statuts, soit de l'assemblée générale des actionnaires, soit du Conseil. L'on pouvait même admettre, et cela se rencontrait souvent dans la pratique, que le conseil, pour assurer la bonne marche des affaires sociales, était autorisé à placer à la tête des différents départements de l'entreprise, des directeurs, directeurs *techniques ou commerciaux* choisis ou

non parmi les administrateurs. De tels directeurs possédaient alors un contrat et étaient unis à la société par un véritable contrat de louage d'ouvrage, même dans le cas où ils étaient choisis parmi les administrateurs. Et alors, ainsi que nous l'exprimons plus haut, de tels directeurs révocables *ad nutum*, en leur qualité d'administrateurs, avaient la possibilité, dans la mesure même où leurs contrats délimitaient leurs fonctions et les séparaient nettement de celles des délégués du conseil, de se réclamer de tous les droits que leur conférait leur contrat. Ils conservaient notamment leurs fonctions en tant que Directeurs si le contrat prévoyait qu'ils devaient les exercer pour un temps déterminé non arrivé encore à expiration, ou, s'il n'en n'était pas ainsi, il leur était loisible de réclamer l'indemnité que ne manquait pas de prévoir, en cas de rupture unilatérale et prématurée, de tels contrats.

Enfin, mais sur ce point la controverse existait, il était théoriquement admis que les administrateurs pouvaient, lorsque les statuts le leur permettaient, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils étaient responsables envers elle (loi du 24 juillet 1867, articles 22, 32). Les auteurs n'étaient pas absolument d'accord sur ce qu'il fallait entendre par mandataire étranger aux termes de la loi de 1867. Comme la controverse n'entre pas directement dans notre sujet, nous nous contenterons de citer ici l'opinion de MM. Houpin et Bosvieux (1), selon laquelle ce mandataire doit s'entendre « de l'individu (actionnaire ou non, mais non pas administrateur) que les administrateurs

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, 7^e édition, n° 1.101.

ou l'un ou plusieurs d'entre eux, agissant à titre individuel, mettaient en leurs lieu et place, avec pouvoirs d'accomplir tous les actes qu'ils ont le droit de faire eux-mêmes pour l'exécution de leur mandat ». Il y avait là possibilité d'une véritable délégation de pouvoirs, d'un véritable mandat général d'un administrateur au profit d'un homme autre que le directeur général ou le directeur technique. Ce mandataire devait alors exercer la totalité des fonctions et possédait l'ensemble des pouvoirs de celui qui l'avait désigné. Une telle situation aurait été, si la pratique avait souscrit à la possibilité que lui offrait ce paragraphe 2 de l'article 22 de la loi de 1867, la source de difficultés inextricables.

Telles étaient donc, sous l'empire de l'ancienne législation et en tenant compte de l'interprétation donnée aux textes existants par la jurisprudence, les règles qui présidaient à la direction des sociétés anonymes et à la nomination de celui ou de ceux qui étaient chargés de l'assurer. L'esprit de la législation et de la jurisprudence antérieures aux lois nouvelles était conforme à celui de la législation de 1867. En raison de la diversité des activités qu'une même société peut déployer et de la complication croissante des affaires, il était admis que les différents départements des entreprises fussent confiés à des personnes différentes et il était reconnu que le conseil pouvait partager les leviers de commande de l'affaire à l'administration de laquelle il présidait, soit entre ses membres, soit entre un ou plusieurs de ces membres et des personnes étrangères à la société. En fait, le Conseil était le maître de l'affaire, sous le

contrôle toujours possible de l'assemblée des actionnaires.

Examinons maintenant, comment, sous l'empire de la loi nouvelle, va être organisée la direction des sociétés anonymes et par qui sera nommé l'unique organe de direction prévu par ce texte, le Président Directeur Général, ou son mandataire.

CHAPITRE II

DE L'ORGANISATION DE LA DIRECTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES D'APRÈS LES LOIS DES 18 SEPTEMBRE ET 16 NOVEMBRE 1940

L'idée maîtresse qui a inspiré les lois de septembre et de novembre doit, nous l'avons dit, être recherchée dans la volonté de concentrer, entre les mains d'une seule personne, la direction de la Société. Le législateur a voulu que ne se rencontre plus la dispersion des responsabilités et des pouvoirs que permettait l'interprétation donnée par la pratique aux textes très souples de la loi du 24 juillet 1867. Jusqu'alors les pouvoirs de direction se trouvaient partagés entre le Conseil, que personnifiait son Président, et les délégués ou directeurs que le Conseil choisissait parmi ses membres ou en dehors d'eux.

Le texte de la loi du 16 novembre qui reproduit sur ce point textuellement celui de la loi du 18 septembre 1940, est formel.

En deux articles, la loi apporte aux principes qui, jusqu'alors, présidaient à la direction des sociétés anonymes, des modifications profondes.

L'article premier s'exprime ainsi :

« La Société est administrée par un Conseil de trois membres au moins et de douze au plus. »

Suivent trois paragraphes qui règlent la situation des

administrateurs prisonniers que la loi de septembre passait entièrement sous silence. Et l'article 2, dans son paragraphe premier, ajoute :

« Le Président du Conseil d'Administration remplit les
« fonctions de directeur général ou, à défaut, le directeur
« général exerce ces fonctions pour le compte et sous la
« responsabilité personnelle du président du conseil d'ad-
« ministration. »

Ces deux articles modifient profondément l'économie des sociétés anonymes. Avant d'étudier les pouvoirs et les responsabilités du Président Directeur Général créés par ce texte, nous allons rapidement exposer les conséquences qu'entraînent ces deux textes et les modifications qu'ils apportent au régime de la direction des sociétés anonymes tel qu'il résultait de la loi de 1867 et tel que nous le décrivions dans notre chapitre premier.

Dans une première section, nous examinerons les modifications d'ensemble apportées par la loi du 16 novembre à la Direction des Sociétés anonymes. Dans une deuxième section, nous exposerons les modalités de la nomination du Président Directeur Général. Dans une troisième section, enfin, nous étudierons la question de sa rémunération.

SECTION I

MODIFICATIONS D'ENSEMBLE APPORTÉES PAR LA LOI DU 16 NOVEMBRE 1940 A LA DIRECTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

Antérieurement à la législation nouvelle, nous l'avons exposé dans notre premier chapitre, une société anonyme était administrée par un nombre variable de mandataires désignés par l'assemblée générale et la loi de

1867, ni les textes postérieurs, ne stipulaient un nombre minimum, ni un nombre maximum d'administrateurs. Les décrets-lois de 1935 et de 1937, en apportant de profondes modifications à la responsabilité des dirigeants des sociétés anonymes n'avaient prévu aucun changement dans l'organisation même de la direction de ces sociétés.

Antérieurement donc aux deux lois nouvelles, dont les dispositions sont à peu près semblables sur ce point, il appartenait aux statuts d'indiquer le nombre d'administrateurs de la société. En général, ce nombre était fonction de l'importance de la société et des capitaux engagés dans l'affaire. Lorsqu'il s'agissait d'une société à faible capital, d'une société de famille, par exemple, il n'était pas rare de voir le nombre des administrateurs réduit à un seul qualifié alors d'administrateur unique. Si, au contraire, l'affaire mise en société anonyme était une entreprise plus importante, faisant appel à des capitaux plus nombreux, le nombre des administrateurs était accru. Désormais, il ne peut plus en être ainsi. Toute société anonyme doit comprendre un conseil de trois membres au moins et de douze au plus.

Notons au passage que le système de l'administrateur unique n'est plus désormais possible. Le législateur a estimé, sans doute, que pareilles sociétés dissimulaient souvent des situations, ou à tout le moins des intentions frauduleuses. « Cette interdiction s'explique, car trop souvent les sociétés gérées par un seul administrateur n'avaient que la façade de sociétés anonymes, et ne se constituaient qu'afin de permettre à un chef de famille de mobiliser sa fortune sous le couvert d'un organisme dont il était en réalité le seul membre, ou à

un industriel, ou à un commerçant de rester le maître absolu de son entreprise tout en soustrayant ses biens personnels à l'action de ses créanciers » (1). De plus, il est possible que le législateur ait estimé que lorsqu'il s'agissait de sociétés anonymes de petite importance, si les principaux actionnaires ne désiraient pas multiplier leurs administrateurs, il leur restait loisible de se transformer, et notamment d'adopter la forme des sociétés à responsabilité limitée ou des commandites par actions.

Et cette intention du législateur, encore qu'il ne l'ait exprimée nulle part, paraît rejoindre celle du législateur allemand de 1937. La loi du 5 juillet 1934 avait, en effet, invité toutes les sociétés par actions qui n'avaient véritablement aucune raison essentielle de se manifester dans la forme « par actions » à se transformer en sociétés de personnes. Le législateur allemand estimait que seules les sociétés importantes et maniant de gros capitaux avaient intérêt à se constituer sous la forme de sociétés par actions et que la forme de sociétés de personnes assurait plus de sécurité aux petites sociétés dans lesquelles l'actionnaire n'est, le plus souvent, qu'un bailleur de fonds (1).

Il résulte du texte de l'article 2 que dorénavant la société anonyme ne pourra plus avoir qu'un seul et unique dirigeant : le Président du Conseil d'Administration ou, à défaut, un directeur général qui exercera ses fonctions pour le compte et sous la responsabilité

(1) H. BOSVIEUX : La loi nouvelle du 18 novembre 1940 sur l'administration et la direction des sociétés anonymes.

(1) Sur cette question c. f. BAUDOUIN-BUGNET et GOZARD : La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne. (Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1941.)

personnelle du Président du Conseil d'Administration. Or, dans les sociétés où ce poste existait, le Directeur général avait tous pouvoirs sur l'activité commerciale ou industrielle de la Société. Il était, nous l'avons vu, le mandataire général de la société, désigné, suivant le cas, par les statuts, l'assemblée générale ou le conseil d'administration. Sans doute, en pratique, rendait-il compte de son activité au Conseil d'administration, et, en général, les seuls pouvoirs qui ne lui étaient pas reconnus étaient ceux d'aliéner les immeubles sociaux, de disposer des immobilisations et de contracter des emprunts. Désormais, tous ces pouvoirs vont être automatiquement dévolus au Président dont le rôle sera profondément modifié.

De représentant qu'il était souvent, et cantonné dans les questions strictement financières, ce rôle va devenir en plus celui d'un directeur effectif de la société, tant du point de vue administratif et financier, que du point de vue industriel et commercial.

« Désormais, une seule personne, le président du conseil, assumera légalement, avec la qualité de Directeur général, la haute direction de la société. Et si le conseil estime que le président ne peut cumuler ses fonctions avec celles de directeur, le directeur général maintenu à son poste ne pourra agir que sous la responsabilité personnelle du président. Ainsi, en toute hypothèse, le président aura l'entière responsabilité de la gestion des intérêts sociaux, et il est à présumer que les conseils n'appelleront plus à ce poste que des personnalités de premier plan et, corrélativement, qu'il ne sera plus accepté que par un homme ayant « longtemps consulté son esprit et ses forces », ou assez averti pour

ne faire équipe qu'avec un directeur général d'une compétence éprouvée. Telle a été sans doute la pensée directrice du législateur et nous reconnaissons bien volontiers que tout praticien pourrait l'illustrer facilement d'exemples assez typiques » (1).

Ces quelques lignes, écrites à propos de la loi du 18 septembre demeurent aussi vraies pour celle du 16 novembre qui, dans la plupart de ses dispositions, se borne à reproduire celles de la loi qui l'a précédée.

Ainsi, le Président du conseil d'administration devient le seul véritable chef de la société. La société est désormais soumise à une direction unique avec, pour contre-partie, une responsabilité presque unique. Et la loi ne pouvait pousser plus loin le retour à l'*intuitu personæ* en matière de sociétés anonymes, sans crainte de faire disparaître le principe même de l'anonymat. C'est tout juste si, après l'atteinte profonde que la loi du 16 novembre 1940 lui porte, la notion d'anonymat subsiste encore. Le président du Conseil d'administration fait plus figure de commandité que figure d'administrateur d'une société par actions.

Nécessairement, en raison du rôle qui va être le sien, la société dont il présidera le conseil d'administration va devenir sa chose. « L'entreprise sociale sera sa propre entreprise puisqu'il devra la diriger aussi bien dans le domaine commercial ou industriel que dans le domaine financier et le domaine administratif. Le Président du Conseil sera conduit à s'identifier avec l'entreprise sociale. Il ne le voudrait pas qu'il y serait fatalement conduit par les responsabilités dont la loi le charge » (1).

(1) Jean MICHEL : Commentaire sur la loi du 18 septembre 1940. (*Gazette du Palais* des 2 et 3 octobre 1940.)

(1) BAUDOUIN, BUGNET et GOZARD : *op. cit.*

SECTION II

DE LA NOMINATION

DU PRÉSIDENT DIRECTEUR GÉNÉRAL

S'il est facile de comprendre la fin poursuivie par le législateur lorsqu'il a ainsi décidé de concentrer en une seule main la direction de la société, force nous est donnée de constater que la loi garde le silence le plus absolu sur la nomination de ce président directeur général.

Dès lors, il semble que ce soit aux statuts qu'il appartient de régler cette nomination et, à défaut de clause précise des statuts, au conseil lui-même de désigner le président directeur général.

Dans la pratique, il existait une clause de style aux termes de laquelle, dans celle de ses séances qui suit la réunion de l'assemblée générale ordinaire, le Conseil désignerait, parmi ses membres, un président et, s'il le jugeait opportun, un ou plusieurs vice-présidents qui pouvaient toujours être réélus. Rien ne s'oppose à ce que cette clause soit maintenue sous le régime de la loi nouvelle. Seulement, il y aura intérêt à éviter le renouvellement annuel des fonctions de président qui, désormais, se confondent avec celle de directeur général et doivent donc être assurées d'une certaine continuité. Il suffira pour cela que les statuts modifient cette clause de style en stipulant que celui des administrateurs qui sera désigné comme président conservera cette qualité pendant toute la durée de son mandat d'administra-

teur, sauf s'il y renonce ou qu'elle lui soit retirée auparavant par ses collègues (1).

De plus, il apparaît qu'en principe aucune capacité spéciale n'est requise pour l'exercice des fonctions de président directeur général. Cependant, si le président conserve la direction de l'entreprise, il va sans dire qu'il devra avoir la compétence et les qualités nécessaires. Et nous pouvons dès à présent noter que le fait par le conseil de nommer et de maintenir en fonctions un président qui serait par trop inférieur dans l'exercice de ses fonctions engagerait à coup sûr la responsabilité du conseil.

Une dernière question se pose, enfin, que la loi nouvelle passe entièrement sous silence. Une société qui, comme cela est en général reconnu, peut être administrateur d'une autre société, peut-elle, en cette qualité d'administrateur, être appelée à la présidence du conseil d'administration de cette société et, partant, en devenir le directeur général ? Il semble qu'en l'absence de toute prohibition légale, rien ne s'y oppose, car si on ne l'admettait pas, on ne voit guère comment pourrait fonctionner une société anonyme composée uniquement de sociétés. Une objection vient cependant à l'esprit. Le président directeur général est, dans l'hypothèse d'une déclaration de faillite de la société qui lui a donné ses fonctions, soumis à toute une série de déchéances parmi lesquelles certaines ne peuvent frapper qu'une personne physique. Mais pareille objection ne paraît pas décisive car ces déchéances n'ont pas un

(1) Voir sur ce point BOSVIEUX : La loi nouvelle du 16 novembre 1940 sur l'administration et la direction des sociétés anonymes. (Sirey, éditeur.)

caractère pénal et l'on peut facilement admettre, devant le silence du législateur, que celui-ci a sous-entendu que ces déchéances ne frapperaient une personne morale que dans la mesure où elle serait susceptible de se les voir appliquer. Toutefois, selon certains auteurs, « si la société qui doit être investie des fonctions de président du conseil et de directeur général d'une société anonyme revêt, elle aussi, la forme anonyme, son conseil d'administration, s'il n'y est pas formellement autorisé par les statuts, n'aura pas qualité pour accepter ces fonctions » (1), et cela en raison de la lourde responsabilité pécuniaire qui pourrait en découler. Il n'y aurait pas alors obligation pour elle de demander l'autorisation de l'assemblée générale ordinaire (2). D'ailleurs, avant les deux lois nouvelles, on rencontrait fréquemment des sociétés anonymes gérantes de sociétés à responsabilité limitée et cela prouvait qu'une seule personne morale pouvait effectivement assumer des fonctions de direction, déployer, à cet effet, toute l'activité que de telles fonctions présupposent.

(1) BOSVIEUX : *op. cit.*

(2) La question de savoir si les sociétés civiles ou commerciales peuvent, en tant qu'êtres moraux, être administrateurs des sociétés anonymes dont elles étaient actionnaires, a été résolue par l'affirmative, pendant la guerre, par le décret-loi du 29 novembre 1939 qui, dans son article 16, décide que : « Pendant la durée des hostilités, nonobstant toute clause contraire, toute personne ou société visée par l'article 1^{er} du décret du 1^{er} septembre 1939, investie des fonctions d'administrateur d'une société aura le droit de se faire représenter aux séances du conseil par l'un de ses collègues au dit conseil. »

SECTION III

DE LA RÉMUNÉRATION DES FONCTIONS DE PRÉSIDENT DIRECTEUR GÉNÉRAL

Il nous reste, avant de passer à l'étude même des fonctions de président directeur général et aux problèmes que pose le cas de refus par le Président d'accepter les fonctions de Directeur Général, à examiner rapidement sa rémunération.

La question ne paraît pas pouvoir soulever de difficultés. En sa qualité de Président du Conseil, le Président Directeur Général ne cessera pas de recevoir une part, égale ou supérieure à celle de ses collègues, des avantages formant la rémunération des administrateurs (jetons de présence et tantièmes des bénéfices nets), avantages prévus par les statuts.

Mais, en tant que Directeur Général, il semble qu'il faudra lui reconnaître le droit à des avantages spéciaux qui s'ajouteront à ceux que lui confère la qualité de Président et qui seront largement justifiés par le surcroît d'activité qu'il devra déployer au service de la société pour assurer la marche de l'entreprise. De tels avantages seront déterminés, soit par les statuts modifiés, soit par une décision du conseil d'administration prise à la suite d'une délibération à laquelle il sera logique qu'il s'abstienne de prendre part. Ils consisteront, en général en un traitement fixe payable en douzièmes à la fin de chaque mois et pourront, à la rigueur, comprendre une part des bénéfices bruts. Comme toutes les rémunérations directoriales, ces avan-

tages seront portés au compte de frais généraux, et ils seront exonérés de l'impôt cédulaire sur le revenu par application de l'article 155 du Code des Valeurs mobilières, modifié par l'article 17 de la loi du 31 décembre 1937. Ils ne seront passibles que de l'impôt sur les traitements et salaires et, de tout le Conseil, on peut dire que le Président Directeur Général sera le seul à bénéficier de cette exonération.

CHAPITRE III

DES POUVOIRS ET DES FONCTIONS DU PRÉSIDENT DIRECTEUR GÉNÉRAL

L'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 s'exprime ainsi :

« Le Président du Conseil d'Administration remplit
« les fonctions de directeur général ou, à défaut, le
« directeur général exerce ces fonctions pour le compte
« et sous la responsabilité personnelle du Président du
« Conseil d'Administration.

« Aucun autre membre du Conseil d'Administration
« ne peut être investi de fonctions de direction dans
« la société.

« Toutefois, le Président peut nommer un comité
« composé, soit d'administrateurs, soit de directeurs,
« soit d'administrateurs et de directeurs de la Société.
« Les membres de ce comité sont chargés d'étudier les
« questions que le Président renvoie à leur examen.

« Les Administrateurs qui font partie de ce comité
« peuvent recevoir une part dans les bénéfices supérieure à celle des autres administrateurs.

« Dans le cas où le Président est dans l'impossibilité
« d'exercer ses fonctions, il peut déléguer tout ou partie
« de celles-ci à un administrateur : cette délégation
« doit toujours être donnée pour une durée limitée.

« Si le Président est dans l'incapacité temporaire
« d'effectuer cette délégation, le Conseil d'Administra-
« tion peut y procéder dans les mêmes conditions. »

Les deux premiers alinéas de ce texte reproduisent textuellement les dispositions de l'article 2 de la loi du 18 septembre 1940 et les quatre derniers constituent des dispositions nouvelles qui ont été ajoutées à celles de septembre.

Nous allons diviser notre étude ainsi qu'il suit : Dans une première section, nous examinerons quels sont les pouvoirs que la loi confère au Président Directeur Général. Dans une seconde section, nous envisagerons la question du refus par le Président d'accepter les fonctions de Directeur Général et nous discuterons les problèmes que pose la désignation d'un Directeur Général autre que le Président, désignation prévue au premier alinéa de l'article 2. Nous dégagerons, enfin, dans une troisième section, les règles qui doivent présider à l'organisation du comité prévues par les alinéas 3 et 4 de l'article 2 et nous terminerons enfin ce chapitre par l'étude des deux cas de délégation de fonctions prévues par les deux derniers alinéas du texte précité.

SECTION I

POUVOIRS DU PRÉSIDENT DIRECTEUR GÉNÉRAL

Les prescriptions édictées par l'article 2 sont certainement celles qui revêtent, dans la loi du 16 novembre 1940, le plus d'importance et c'est par elles que la notion même de Société par actions se trouve profondément transformée.

Il résulte, en effet, de ce texte, que désormais, la Société anonyme ne pourra plus avoir qu'un seul diri-

geant, le Président du Conseil d'Administration. Mais une fois dégagé, ce nouveau principe dont l'importance ne saurait échapper à personne, la loi laisse le commentateur dans l'embarras le plus extrême lorsqu'il s'agit pour lui de dégager les pouvoirs qu'elle entend conférer au Président Directeur Général.

L'article 2 se borne, en effet, à dire que « le Président du Conseil d'Administration remplit les fonctions de directeur général » sans donner aucune autre indication sur l'étendue des pouvoirs que vont comporter ces fonctions. Et cependant, il apparaît nécessaire de délimiter avec exactitude ces pouvoirs, car si le terme « direction générale » n'implique guère, par lui-même, l'existence de pouvoirs bien définis et nettement délimités, il n'en est pas moins vrai que la responsabilité du Président sera d'une plus ou moins grande étendue, selon qu'il s'agira d'actes par lui accomplis dans les limites de ses fonctions de Directeur Général ou de ceux auxquels il aura pris part en qualité d'administrateur siégeant au Conseil.

Devant le silence de la loi, il ne saurait être question de transmettre au Directeur général la totalité des pouvoirs du Conseil. Le Conseil, en effet, ne cesse pas d'administrer la Société, ainsi qu'il résulte de l'article premier de la loi et il ne pourrait, sans faire défaut à son mandat, abdiquer la totalité de ses pouvoirs en faveur de l'un de ses membres, fût-il son président.

De plus, ainsi qu'on l'a écrit (1), « il serait vain de chercher dans l'opposition de l'administration à la direction la base d'une démarcation entre les pouvoirs

(1) BOSVIEUX ; *op. cit.*

du Conseil et ceux du Directeur général. Ces deux notions, en effet, sont bien près de se confondre et tout ce qu'il est permis d'avancer c'est que l'administration s'entend plutôt de l'ensemble des actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social alors que la direction, même générale, est restreinte à ceux des actes qui ont trait à la gestion courante des affaires sociales, envisagées dans un sens large ».

Ce sera donc, soit aux statuts, soit au Conseil d'administration, de fixer les pouvoirs du Président Directeur général. Et comme ce dernier est devenu un organe obligatoire de toute société anonyme, un organe légal, il serait plus logique que ce soient les statuts qui fixent la ligne de démarcation qui séparera les activités du Conseil et celles du Président. Ainsi, l'autorité du Président s'en trouverait renforcée et il ne courrait pas le risque de la voir diminuer au gré de la fantaisie du Conseil. Cela, en outre, aurait un fondement juridique plus solide ; tenant sa fonction de la loi et non du Conseil, il paraîtrait logique que le Président tînt ses pouvoirs des statuts.

Cependant, on se doit de reconnaître que la détermination des pouvoirs du Directeur général ne peut pas être uniquement du ressort des statuts et que le Conseil d'Administration a qualité pour y procéder. Mais il peut être à craindre que l'intérêt de la majorité des Administrateurs n'étant pas toujours leur seul guide, ils ne rabaissent ce directeur à un rôle de subalterne, réservant au Conseil les pouvoirs les plus importants. Il n'est pas douteux qu'alors, de telles décisions iraient directement à l'encontre de l'esprit de la loi du 18 no-

vembre 1940 et pourraient donner lieu à des décisions judiciaires susceptibles d'en annuler les effets.

D'ailleurs, à défaut de texte légal ou réglementaire, il semble que la jurisprudence fournisse des éléments qui peuvent utilement servir à la délimitation des pouvoirs du Directeur général.

Dans de nombreuses espèces, les tribunaux ont eu à distinguer, en se fondant uniquement sur l'étendue de ses attributions et non sur le titre pris par lui, entre le Directeur général, mandataire social révocable, et le Directeur commercial, préposé de la Société, pouvant invoquer les règles du contrat de louage de services. Et ils ont considéré comme un véritable Directeur général celui qui est chargé de la conduite des affaires sociales et des opérations qu'elles entraînent, de la direction du personnel et de la comptabilité, de la passation des traités et des marchés intéressant la société, des achats et ventes des produits et marchandises, de l'encaissement de toutes sommes et de la représentation en justice de la société.

Il faudra donc s'inspirer de ces règles pour donner au Directeur général tous les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour assurer la tâche à lui confiée, c'est-à-dire l'exploitation en vue de laquelle la société a été constituée, ainsi que la mise en valeur et la conservation du patrimoine social. Mais que reste-t-il alors au Conseil d'Administration ? On peut admettre que seraient réservés au Conseil d'administration les pouvoirs suivants (1) :

(1) C. f. BOSVIEUX : *op. cit.*

1° Ceux dont l'exercice nécessite une délibération en commun préalable. Parmi ceux-ci, on peut noter, par exemple, ceux qui ont pour objet l'établissement ou la modification de règlements sociaux, la détermination des dépenses générales de l'exploitation, la création ou la suppression de succursales, le transfert du siège social dans un autre endroit de la même ville, l'arrêt des inventaires et bilans.

2° Ceux qui se rapportent à des actes de disposition ou à des mesures d'une exceptionnelle gravité et notamment les achats et les ventes d'immeubles et de fonds de commerce, brevets et marques, l'édification de constructions nouvelles, les demandes de concessions, les cautionnements et constitutions d'hypothèques, les libéralités, les transactions, compromis et main-levées sans paiement, les emprunts à long terme, la participation dans d'autres affaires.

3° Enfin, tous les pouvoirs qui ne concernent pas l'exploitation, comme les appels de fonds et l'agrément de cessionnaires d'actions.

Une telle énumération n'est pas limitative et rien n'empêcherait que d'autres actes fussent soumis à l'autorisation du Conseil bien qu'entrant normalement dans les attributions du Directeur général. On pourrait ainsi fort aisément concevoir que le Conseil se réservât la passation de tout marché excédant un certain chiffre ou encore le droit de nomination à certains hauts postes de la Société, tels que ceux de Directeur technique ou de Directeur commercial.

Mais, on le voit, le silence de la loi sur l'étendue des pouvoirs du Directeur général, n'est pas sans présenter de graves inconvénients. Rien n'empêche un Conseil de

ne donner à son Président Directeur général que des pouvoirs minimes; de même que rien ne s'oppose à ce qu'un Président majoritaire supprime pratiquement tous les pouvoirs du Conseil pour se les attribuer en totalité. Quels seraient dans le premier cas les recours du Président lésé et dans le second ceux du Conseil dépouillé ? Sans doute, le texte de l'article premier précise bien que « la Société est *administrée* par un Conseil composé de 3 membres au moins et de 12 membres au plus », mais aucune indication n'est donnée sur ce qu'il faut au juste entendre par administration et par direction, et sur ce terrain là, tous les abus peuvent être permis.

C'est ainsi que s'est posée la question de savoir si, en vertu d'une délégation spéciale du Conseil, des administrateurs ne pourraient pas se réserver le droit de signer les effets de commerce à l'exclusion du Président ou du Directeur général. Pour soutenir l'affirmative, il a été prétendu qu'une telle délégation ne conférerait aux administrateurs que de simples pouvoirs de gestion qui normalement entrent dans la sphère de leur activité. Et déjà s'ébauche une opinion selon laquelle il faudrait, dans la délimitation des actes ressortissant à l'activité du Président Directeur général et de ceux entrant régulièrement dans les attributions du conseil d'administration distinguer entre les actes de *gestion* et les actes de *direction*. Un tel critérium qui n'a aucune base légale nous paraît bien incertain, car il est difficile de préciser avec exactitude où commence la direction et où finit la gestion. Il nous semble qu'en tout état de cause la signature des effets de commerce entre par essence même dans la sphère d'activité nor-

male du Directeur général de toute société anonyme et que, décider autrement serait aller à l'encontre des dispositions de l'article 2.

Ainsi que l'exprimè fort bien le rédacteur de la remarquable étude de la loi du 18 septembre 1940, publiée par l'Association nationale des sociétés anonymes, « l'Administration des sociétés anonymes est un mécanisme complexe dont toutes les parties se tiennent. Quand on en change un rouage, il conviendrait de se rendre un compte exact de la portée de ce changement et de préciser avec clarté les modifications au droit antérieur que l'on considère comme découlant de ce changement et que l'on entend consacrer. Faute d'agir ainsi, celui qui prétend faire une réforme risque de ne pas en avoir lui-même une conception très nette, et plonge en tous cas dans un grand embarras ceux qui doivent l'appliquer. »

Dans l'esprit du Législateur c'est donc désormais le Président du Conseil d'administration qui devra remplir les fonctions de Directeur général. On pourrait écrire avec plus de vérité les fonctions d'administrateur-délégué puisque le Président est toujours administrateur et avant la loi, l'administrateur Directeur général était connu sous le nom d'administrateur-délégué.

Mais, si l'on doit considérer que la loi estime normal le cumul sur la même personne des fonctions de Président et de Directeur général, elle ne l'impose cependant pas. L'article 2, 1^{er} alinéa, ajoute, en effet, qu'à défaut par le président d'accepter en même temps les fonctions de Directeur général, « *le Directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la respon-*

sabilité personnelle du Président du Conseil d'administration ».

On peut admettre que cette situation se présentera fréquemment en pratique où la direction générale sera confiée à une autre personne qu'au Président. Et nous allons voir que le silence de la loi sur les problèmes que pose cette désignation n'est pas, ici encore, sans soulever de graves difficultés.

SECTION II

DU DIRECTEUR GÉNÉRAL

SUBSTITUÉ AU PRÉSIDENT DU CONSEIL

L'hypothèse dans laquelle un Directeur général se substituera au Président soulève toute une série de problèmes que nous allons envisager successivement. Nous nous demanderons d'abord parmi quelles personnes ce Directeur général, autre que le Président, pourra être choisi et notamment s'il pourra être pris parmi les autres administrateurs. Selon la solution que l'on apporte à cette question, on aboutit ou non à la survivance de l'Administrateur-délégué. Puis, dans un second paragraphe, nous étudierons la question de la désignation de ce directeur général, la question se posant de savoir s'il appartient au conseil de le nommer ou si ce droit doit être réservé aux administrateurs réunis en conseil.

§ 1. — *Le Directeur général peut-il être Administrateur*

A première vue, l'on n'aperçoit pas la raison pour laquelle le Directeur général devrait nécessairement être étranger au conseil. L'article 2 s'exprime en effet ainsi : « Le Président du Conseil d'Administration remplit les fonctions de Directeur général ou, à défaut, le

Directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du Président du Conseil d'Administration. »

« Aucun autre membre du Conseil d'Administration ne peut être investi des fonctions de direction dans la Société. »

Et il semble que, puisqu'en toute hypothèse, le Président endosse la responsabilité des actes du Directeur général et qu'il en est déclaré responsable comme de ses propres actes, il importe assez peu que ce Directeur général assume ou n'assume pas les fonctions d'administrateur. Et même n'y aurait-il pas intérêt pour la société et pour les tiers à voir cumuler pour les mêmes actes, les responsabilités de deux membres du conseil, plutôt que de les voir représentées par un membre du conseil et un étranger ? L'article 4, paragraphe 4, aux termes duquel « si la faillite ou la liquidation judiciaire de la Société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal de commerce peut, à la demande du Syndic ou du liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, soit par le Président, soit par les administrateurs membres du comité soit par les autres administrateurs ou par certains d'entre eux avec ou sans solidarité », édicte une aggravation de responsabilité qui ne frappe que les administrateurs et ainsi confère au Directeur général administrateur une responsabilité beaucoup plus étendue que celle qui frappera un Directeur général étranger au conseil.

De plus, en présence des dispositions de l'article 2, on peut être aisément tenté de soutenir que la personne qui sera désignée pour remplir les fonctions de

Directeur général au lieu et place du Président peut aussi bien être un administrateur qu'un tiers et que l'on voit mal les raisons d'interdire au Président qui ne veut pas accepter les fonctions de Directeur général, de les confier à un administrateur.

Mais toutes ces considérations qui, sur le plan législatif ne sont pas sans valeur, paraissent se heurter à un argument de texte tiré du rapprochement que l'on peut faire entre les deux paragraphes de cet article 2.

Que dit, en effet, le paragraphe 2 de l'article 2 : « Aucun autre membre du conseil ne peut être investi de fonctions de direction dans la Société ». Si l'on rapproche donc les mots « Président du Conseil », figurant dans le premier alinéa de l'article, et les mots « aucun autre membre » qui se rencontrent dans son second alinéa, on peut être amené à estimer que le second alinéa ne peut que se lire ainsi : aucun membre du conseil autre que le Président ne peut être investi de fonctions de direction dans la Société. On doit nécessairement faire un rapprochement entre le mot « *président* », sujet de la phrase qui compose le premier alinéa, et la formule du deuxième alinéa « aucun *autre* membre du conseil d'administration ne peut être investi de fonctions de direction dans la société », qui, semble-t-il, doit se lire comme si l'on avait écrit « aucun autre membre *que le Président* ne peut, etc... ». En vain, soutiendrait-on et non sans quelque apparence de raison, que le législateur n'a pas nécessairement donné à l'expression de « Directeur général » le sens technique de Directeur général étranger au conseil et qu'on peut, en conséquence, interpréter le texte comme s'il était écrit « aucun membre du conseil, à l'exception du Prési-

dent, ou, le cas échéant, de l'Administrateur désigné comme Directeur général, ne peut, etc... Le fait que, le plus souvent, l'expression de Directeur général désigne un étranger, et que le Président est ainsi le seul membre du conseil dont il soit question au premier alinéa semble bien impliquer qu'aucun autre que lui ne peut remplir des fonctions de direction (1).

Un argument s'ajoute à celui-ci, tiré de l'alinéa 5 de l'article 2, visant le cas où le Président est empêché de remplir ses fonctions directoriales. Il est alors autorisé, mais dans ce cas seulement, à déléguer ses fonctions à un administrateur et cela pour une durée limitée seulement. Et cela implique donc interdiction pour le Président de transmettre ses fonctions, s'il n'est pas empêché de les exercer, à un autre administrateur. Ainsi, selon cette opinion, à moins de détourner de leur sens les dispositions de la loi, il ne serait plus possible de désigner ou de maintenir un administrateur dans des fonctions de direction générale, si le Président du conseil d'administration de la société en refuse la direction générale.

Enfin, à l'appui de cette thèse, on ajoute un argument fondé sur la rédaction de l'alinéa 3 de l'article 2 ainsi conçu :

« Toutefois, le Président peut nommer un comité composé soit d'administrateurs, soit de directeurs, soit d'administrateurs et de directeurs de la Société. Les membres de ce comité sont chargés d'étudier les questions que le Président renvoie à leur examen. »

On constate, alors, qu'ici le législateur oppose avec

(1) Jean MICHEL : *op. cit.*

un soin extrême les administrateurs aux directeurs et que si l'on relit le premier alinéa après le troisième, il devient difficile d'admettre que l'expression « Directeur général » puisse désigner autre chose qu'un délégué général étranger au conseil. Or, comme la disposition de ce paragraphe 3 est nouvelle et a été ajoutée par le rédacteur au texte de l'article 2 tel qu'il était primitivement rédigé dans la loi du 18 septembre, il semble légitime de se demander si cette insistance n'a pas constitué, de la part du rédacteur, un moyen détourné de révéler sa pensée exacte et de nous donner le sens qu'il a entendu réserver à la formule mystérieuse du premier alinéa de l'article 2. Et, au terme de cette argumentation, comme l'a écrit l'un des commentateurs de la loi, « nous avons le sentiment très net que nous arrivons en ces parages dangereux où le raisonnement juridique menace, en raison de l'incertitude de terminologie, que l'on constate dans l'ensemble de la loi, de cotoyer la logomachie. »

Et si telle est l'interprétation que commande le texte de l'article 2, ses dispositions soulèvent alors une série de questions fort importantes dans l'organisation de la direction.

Nous avons vu, dans notre premier chapitre, au cours de la rapide étude que nous avons faite de la direction des sociétés anonymes avant les lois de 1940, que le conseil déléguait souvent une partie de ses pouvoirs à plusieurs administrateurs ou directeurs, qu'il pouvait instituer un comité de direction, qu'il pouvait faire appel au conseil de directeurs techniques ou inversement nommer un administrateur-directeur technique.

Que deviennent, en face du texte nouveau, tous ces pouvoirs ?

Et si l'on adopte l'opinion selon laquelle le Directeur général ne peut être administrateur, on aboutit aux solutions suivantes d'un caractère radical et souvent même contraires à l'intérêt des sociétés.

La direction d'une société ne pourra plus comporter d'administrateur-délégué et l'on peut même mettre en doute la faculté pour le conseil de désigner plusieurs directeurs généraux chargés de fonctions distinctes. La totalité des pouvoirs de direction devra être assurée par une seule et même personne, quelles que puissent être la variété des activités d'une affaire et la complexité de son objet et l'on peut même se demander dans quelle mesure il est permis à une société de confier à ses administrateurs des postes de direction technique ou commerciale. Et même si l'on accueille sur ce dernier point la solution la plus libérale, la loi nouvelle est susceptible de placer de multiples sociétés devant une situation dont la gravité ne saurait échapper.

« La bonne administration de nombreuses entreprises postule incontestablement, en effet, l'activité conjugée de plusieurs administrateurs délégués ou directeurs généraux parce qu'il est des tâches auxquelles un seul homme ne saurait suffire. Or, dans le système de la loi nouvelle, un seul homme, en principe, doit pourvoir à tout, et il est clair qu'il faudra à cet homme beaucoup de présomption et beaucoup d'inconscience pour assurer d'un cœur léger, dans certaines affaires, les responsabilités inhérentes à un tel cumul, nous pourrions écrire, à une telle confusion de fonctions »...

« Désormais, ce sera la même personnalité qui, en

principe, en sera appelée, par ses fonctions propres, à diriger les délibérations du collège des administrateurs et qui devra rendre à ses collègues un compte précis de sa gestion : il est à craindre que le président directeur général, maître Jacques des Sociétés anonymes, éprouve de sérieuses difficultés à remplir la double mission à laquelle la loi le contraint. » (1)

Mais quelle que soit la rigueur de l'argumentation que nous venons d'exposer, elle ne nous convainc pas. Le problème qui se pose et qui repose sur l'interprétation à donner aux deux alinéas de l'article précité peut se formuler ainsi : par les mots « aucun autre membre du conseil d'administration » qu'emploie le second alinéa, doit-on entendre aucun membre du Conseil d'Administration autre que le Président ou bien au contraire : aucun autre membre du Conseil d'Administration autre que le Président et le Directeur général ?

Nous venons de voir que pour étayer la première solution, on s'attache à soutenir que le directeur général est un directeur nécessairement pris en dehors du Conseil d'Administration, tandis qu'au contraire, le Directeur général administrateur n'est pas, en réalité, un directeur général, mais bien un administrateur délégué. Et alors s'imposait, nous l'avons vu, la conclusion suivante, que le seul administrateur dont parle le premier alinéa étant le président du Conseil, car le Directeur général qui est en même temps administrateur, ne s'appelle pas directeur général, mais administrateur

(1) Jean MICHEL : *op. cit.*

délégué, on doit lire ainsi le second alinéa de l'article 2: « Aucun membre du conseil d'administration autre *que le Président* ne peut être investi de fonctions de directeur dans la société. »

Cette opinion nous paraît mal fondée, car, d'une part, elle donne au sens des mots directeur général une acceptation trop restreinte et, d'autre part, elle ne tient pas compte des dispositions légales de la loi du 24 juillet 1867 qui sont toujours en vigueur.

Reportons-nous à cette loi fondamentale. Qu'y trouvons-nous ? L'article 22 qui n'est nullement abrogé dans la totalité de ses dispositions. Le deuxième alinéa de l'article 22 s'exprime ainsi : « Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la Société... » Il est alors difficile, en présence de ce texte formel, de prétendre que, par les mots « directeur général », le législateur de 1940 a entendu désigner une personne qui ne peut légalement être choisie parmi les membres du Conseil d'Administration. La loi semble dire le contraire, et prévoit même que normalement, sauf clause expresse des statuts, le directeur général doit être choisi parmi les administrateurs. Prétendre que dans l'article 2, premier alinéa, de la loi du 16 novembre 1940, l'expression « directeur général » désigne nécessairement un directeur non administrateur serait donc prêter au législateur de 1940 une fantaisie de terminologie déconcertante supposant l'ignorance de l'article 2, deuxième alinéa, de la loi de 1867, et ériger en système la décadence et la technique du droit fran-

çais. Le rôle du jurisconsulte n'est pas de se prêter à une telle décadence.» (1)

Entrons plus avant dans la discussion.

L'incertitude que laissait à l'interprète la loi du 18 septembre 1940 aurait pu facilement être dissipée par le législateur de novembre. Il lui aurait suffi, pour cela, de modifier très légèrement la disposition de l'article 2 et d'écrire en tête du second alinéa, au lieu des mots : « Aucun autre membre... », la phrase suivante : « En dehors du Président, aucun autre membre du Conseil d'administration, etc... », et toute équivoque était alors dissipée. S'il ne l'a pas fait, c'est bien qu'il a entendu laisser pleinement survivre les dispositions que nous mentionnions plus haut de l'article 22, deuxième alinéa, de la loi du 24 juillet 1867.

Sans doute, l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 contient-il une disposition d'où l'on pourrait peut-être tirer argument en faveur de l'interdiction de nommer directeur général un administrateur autre que le Président du Conseil d'Administration. L'alinéa 5 de cet article s'exprime, en effet, ainsi : « Dans le cas où le Président est dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions, il peut déléguer tout ou partie de celles-ci à un administrateur. »

On peut tirer argument de cet alinéa et soutenir que le cas qu'il envisage est le seul dans lequel un administrateur autre que le Président peut être investi de fonctions de direction, que s'il n'en était pas ainsi, le législateur n'aurait pas pris la peine de le dire expressément.

(1) A.N.S.A., déc. 1940 : Le statut des présidents et des administrateurs des sociétés anonymes d'après la loi du 16 novembre 1940.

Mais cet argument ne nous paraît nullement décisif. Que vise, en effet, le cinquième alinéa de l'article 2 ? Une délégation pour une durée limitée. Il semble donc qu'il ne puisse y avoir aucune assimilation possible entre cette délégation essentiellement temporaire, fondée sur un empêchement momentané mettant obstacle à ce que le Président exerce ses fonctions de Directeur général et le cas où le Président refuse de cumuler ce mandat et les fonctions de Directeur ; il faut alors nommer un directeur pour une durée illimitée, il n'est plus question de délégation temporaire. Les deux situations sont absolument distinctes l'une de l'autre et les textes qui les régissent ne réfléchissent nullement l'un sur l'autre. Les alinéas 1 et 2 de l'article 2 s'appliquent lorsqu'il s'agit de nommer un directeur général permanent, pour une durée illimitée. L'alinéa 5 vise le cas précis et nettement délimité où le Président, momentanément empêché, délègue ses fonctions pour la durée de cet empêchement.

Et d'ailleurs, comme le fait remarquer avec justesse le rédacteur de la brochure de l'Association Nationale des Sociétés par Actions (1) : « Le cinquième alinéa fournirait plutôt un argument en faveur de la possibilité, en cas de refus du Président d'être en même temps directeur général, de prendre ce directeur parmi les autres administrateurs ; car on ne voit pas bien pourquoi un administrateur autre que le Président, qualifié en cas de délégation momentanée de celui-ci pour exercer des fonctions de directeur général, ne le serait pas aussi, en cas de refus du Président d'être en même

(1) A.N.S.A. : *op. cit.* page 14.

temps directeur général pour exercer les mêmes fonctions. En droit, la question reste entière. »

La question reste entière car, si l'on se livre à une analyse attentive du texte, on s'aperçoit que le deuxième paragraphe de l'article 2 est ainsi conçu : « Aucun autre membre du Conseil d'Administration ne peut être investi de fonctions de direction dans la Société. » Or, l'alinéa 1 de ce même article s'exprime ainsi : « Le Président du Conseil d'Administration remplit les fonctions de directeur général ou, à défaut, le directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du Président du Conseil d'Administration. » Faut-il donc entendre par les mots : « Aucun *autre* membre du Conseil d'Administration, etc. », aucun membre du Conseil d'Administration autre que le Président, ou bien autre que le Président et le Directeur général que vise tous deux l'alinéa 1. Il nous semble que les mots Président et Directeur général sont également visés par les mots : aucun autre, de l'alinéa 2 puisqu'ils sont l'un et l'autre sujets des deux propositions de l'alinéa 1.

Nous ne pouvons que déplorer l'incertitude dans laquelle la loi laisse le commentateur. Il aurait été pourtant bien simple de trancher cette question. Il aurait, nous le répétons, suffi de modifier très légèrement la rédaction de l'article 2, ou encore, ainsi que le fait remarquer l'un des commentateurs de la loi (1), d'ajouter dix mots à l'article premier pour dissiper toute incertitude. Il n'était que d'écrire : « Le Président du Conseil d'Administration remplit les fonc-

(1) Jean MICHEL : *op. cit.*

tions de Directeur Général ou, à défaut, le directeur général, *qui ne peut être choisi parmi les membres du Conseil, exerce ces fonctions* », ou de supprimer, dans cette proposition, la négative qui y figure si l'on entendait décider qu'il n'y aurait pas incompatibilité entre les fonctions de Directeur général et le mandat d'administrateur. »

La question, nous l'avons constaté, est d'importance et selon que l'on optera pour l'une ou l'autre des solutions que nous venons d'examiner, on sera amené à des points de vue différents quand il s'agira de savoir par qui, au cas de refus du Président d'exercer les fonctions de directeur général, sera nommé ce directeur général.

§ 2. — *Par qui, en cas de refus du Président, doit être désigné le Directeur général*

Aux termes de l'article 2, premier alinéa, de la loi du 16 novembre 1940, le Président du Conseil d'Administration est de droit directeur général, mais à défaut pour lui d'accepter ces fonctions, le directeur général les exerce pour le compte et sous la responsabilité personnelle de ce Président. Le Directeur général, en cas de refus par le Président d'exercer ces fonctions, doit être alors, d'après cette interprétation (1), considéré comme le mandataire du Président du Conseil.

Aux termes de l'article 1984 du Code Civil, il y a, en effet, mandat dès qu'une personne reçoit pouvoir d'agir aux lieu et place d'une autre personne, et non pas seulement, comme on pourrait le croire, en s'en tenant à une interprétation littérale du texte, quand

(1) C. f. BOSVIEUX : *op. cit.*

une personne agit au nom d'une autre, c'est-à-dire par représentation, la personne représentée pouvant être écartée sans qu'il cesse d'y avoir mandat, ce qui se produit notamment dans le cas du prête-nom. De plus, le trait caractéristique du mandat repose sur l'absence d'obligation personnelle du mandataire qui ne répond que de son dol et de ses fautes, ainsi que l'article 1992 du Code Civil l'indique.

Et de celà, il résulte que le mandant est personnellement engagé par les actes de son mandataire, comme s'il les avait lui-même personnellement passés.

On peut donc considérer, en se référant au droit commun, que le Directeur général qui exerce ses fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du Président du Conseil d'administration apparaît bien comme son mandataire. « Dès lors, c'est à lui qu'il appartient de le nommer et non pas au Conseil d'administration, car on concevrait difficilement que le Directeur général, mandataire, ne soit pas désigné par son mandant, pour le compte duquel il agira et qu'il engagera par ses actes. Au surplus, dans le cas particulier où il est dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions de direction, le Président du Conseil peut, d'après l'article 2, alinéa 5, de la loi, désigner son suppléant et c'est là un argument de plus en faveur du droit pour ce président, quand il décline la qualité de directeur général, de la transmettre à la personne ou à la Société qu'il choisit lui-même. » (1)

Nous ne pouvons, pour notre part, souscrire à cette manière de voir. L'argument tiré de l'alinéa 5 de l'article 2 de la loi du 16 novembre, ne nous paraît

(1) BOSVIEUX : *op. cit.*

guère convaincant, car si l'on peut très bien admettre que, sans l'agrément du Conseil, le Président puisse choisir un administrateur appelé à le suppléer temporairement, il est difficile d'adopter un point de vue qui aura pour conséquence de placer à la tête de l'entreprise, sans que le Conseil puisse dire un mot, un étranger, dont le Conseil, ainsi que nous le verrons par la suite, serait responsable sans l'avoir choisi. Il est bien évident, d'ailleurs, que le droit reconnu au Président de désigner le Directeur général appelé à le remplacer est plus théorique que pratique, puisqu'au cas où le Directeur choisi par le Président déplairait au Conseil, celui-ci n'aurait qu'à obliger le Président à démissionner, ce qui, semble-t-il, devrait aussitôt entraîner la chute de la délégation générale.

« Sans doute, il peut paraître assez singulier, à première vue, que le Président puisse être tenu pour responsable d'un directeur qu'il n'a pas nommé », écrit l'un des commentateurs de la loi (1), et nous faisons dès à présent toute réserve de la responsabilité du président du fait du Directeur général. « Mais on concevrait plus difficilement encore que le Président qui a été désigné comme tel que pour diriger les délibérations du Conseil, dispose seul et sans contrôle du droit de nommer un délégué dont les actes sont susceptibles d'engager, tant dans les termes du droit commun qu'en vertu des dispositions exorbitantes de la loi nouvelle, la responsabilité des administrateurs. Au surplus, la logique voudrait que le Directeur qui continue, sans aucun doute, à être révocable *ad nutum*, puisse être

(1) Jean MICHEL : *op. cit.*

révoqué par le Président, puisque l'autorité qui a qualité pour procéder à une nomination peut seule faire cesser les fonctions qu'elle a conférées ; et dès lors que selon le texte légal le Directeur général agit « pour le compte du Président », il serait également normal, semble-t-il, que ce soit ce dernier qui assurât la rémunération du Directeur placé sous ses ordres, quitte à lui à stipuler du Conseil les allocations nécessaires pour parer à ces dépenses qu'il ne peut évidemment pas prélever sur ses jetons de présence et sur ses tantièmes. » Car on ne saurait considérer non plus que le texte de l'article 2 porte atteinte à la hiérarchie normale des organes de la Société qui constitue, sous l'empire de la loi de 1867, un principe fondamental dont la jurisprudence a fait jusqu'ici des applications précises.

Et, pour résoudre cette délicate question, il faut ici encore, se reporter au texte de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867. En vertu de ce texte, « ces mandataires. (c'est-à-dire les administrateurs réunis en conseil) peuvent choisir un directeur. » Or, nous le répétons, ce texte ne peut être considéré comme abrogé par la loi nouvelle. Si la loi nouvelle avait véritablement entendu retirer au Conseil d'administration le choix du directeur général, il aurait fallu qu'elle s'exprimât clairement sur ce point.

Les deux objections que l'on peut faire à cette désignation du directeur général par le Conseil sont les suivantes : d'une part, l'article 6 de la loi du 16 novembre 1940 déclare que « sont abrogées toutes dispositions contraires au présent texte » ; d'autre part, puisque lorsqu'il existe un Directeur général distinct du Président, ce Directeur « exerce ses fonctions pour

le compte et sous la responsabilité personnelle du Président », il faut admettre qu'une personne ne peut être tenue pour responsable des fautes commises par une autre dans l'exercice d'une fonction donnée que dans la mesure où la première a le choix de la seconde. De la combinaison de ces deux textes et du principe sus-énoncé, il faudrait donc déduire que l'article 22 de la loi de 1867, dans la mesure où il confère au Conseil d'Administration le choix du Directeur général, doit être implicitement considéré comme abrogé par l'article 6 de la loi de 1940 et qu'en conséquence, le choix de ce Directeur général ne saurait appartenir qu'au Président du Conseil d'Administration.

Mais, nous l'allons prouver, pareilles allégations ne nous paraissent nullement décisives. D'abord, toute méthode d'abrogation implicite est par elle-même condamnable, et de plus, il paraît arbitraire de considérer que la disposition de la loi d'après laquelle « le Directeur général exerce ses fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du Président du Conseil d'Administration », entraîne par elle-même le retrait au Conseil d'Administration du pouvoir de désigner le Directeur général et l'attribution de ce pouvoir au Président du Conseil d'Administration. Car rien ne s'oppose à ce que le Président, bien que n'ayant pas le choix du Directeur général, soit déclaré responsable des actes accomplis par ce Directeur général dans l'exercice de ses fonctions. Si, en effet, la personne qu'a désignée le Conseil n'a pas la confiance du Président, celui-ci peut immédiatement démissionner. Il peut même le faire à n'importe quel moment et notamment lorsqu'au cours de son mandat, il cesse d'avoir con-

fiance dans le Directeur. Dans ce cas, évidemment, le Conseil sera juge du conflit, car il faut admettre que, depuis la loi de 1940, le Directeur est librement révocable.

De plus, il s'agit de préciser avec exactitude la mesure dans laquelle les actes du Directeur général entraînent la responsabilité du Président, car le texte par lui-même est insuffisamment explicite.

Si l'on considère, en effet, le texte de l'article 2 ainsi conçu : « Le Directeur général exerce ses fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du Président du Conseil d'Administration », on peut, en effet, en raisonnant hâtivement, conclure que la responsabilité ainsi édictée est ni conditionnelle, ni irréfragable ; en d'autres termes, qu'à partir du moment où il y a eu faute dommageable du Directeur, le Président doit toujours en être responsable, et ne peut, en aucun cas et par aucune preuve, dégager sa responsabilité.

Mais un tel point de vue est la négative même de la théorie de responsabilité, telle qu'elle résulte des principes mêmes du Code Civil et de la jurisprudence.

La responsabilité, en effet, suppose toujours la faute. Or, le rôle du Président à l'égard du Directeur général doit être considéré comme celui d'un surveillant. Et il n'est pas douteux que si la personne qui est chargée d'assurer la surveillance d'une autre est tenue pour responsable des fautes commises par cette dernière, c'est que la loi suppose que si la surveillance avait été normalement exercée par la personne à laquelle la loi a imparti cette fonction, la faute n'aurait pas été commise. Il en résulte donc que si, par suite d'un cas de force majeure, le surveillant s'est trouvé placé malgré

lui dans l'impossibilité matérielle d'exercer sa surveillance, il ne peut juridiquement ni équitablement être tenu pour responsable des fautes commises par la personne dont il devait normalement contrôler l'activité.

« Sans doute, il est admis traditionnellement que l'article 1384, quatrième alinéa, du Code Civil apporte à ce principe une exception en ce qui concerne la responsabilité « des maîtres et commettants à raison » du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. » Mais cette explication ne paraît pas devoir s'appliquer ici. Le Directeur général est un mandataire plutôt qu'un préposé. Et, s'il était un préposé, il le serait en tous cas non point du Président, mais de la Société, car *le lien de préposition suppose que le bénéfice de l'activité du préposé va au commettant* (c'est le motif économique de la responsabilité particulièrement stricte du commettant), et bien que l'article 2, premier alinéa, de la loi de 1940 déclare que « le Directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du Président du Conseil d'Administration », *qu'on le veuille ou non, ce n'est pas le Président personnellement, mais la Société qui, en définitive, recueille le bénéfice de l'activité du Directeur général.* A supposer que ce Directeur général puisse rentrer dans la catégorie des « préposés », ce serait en tout cas le préposé de la société et non celui du Président du Conseil personnellement. » (1)

En vérité, ce que veut exprimer la loi nouvelle, c'est que le devoir de contrôle et de surveillance du Directeur général incombe spécialement au Président du Conseil d'Administration qui le partage d'ailleurs avec

(1) A.N.S.A.: *op. cit.* p. 15.

les autres administrateurs. Mais, la responsabilité du Président quant aux actes dommageables passés par le Directeur général, demeure soumise aux règles du droit commun ; c'est ainsi qu'elle cesserait immédiatement d'exister si, en raison d'un cas de force majeure, le Président a été mis dans l'impossibilité totale d'exercer son contrôle, et un cas vient tout de suite à la pensée : celui où le Président se trouvant dans la zone occupée, il lui est devenu impossible de surveiller l'activité du Directeur général demeuré en zone libre.

Nous estimons donc, pour toutes ces raisons, que le droit de désigner le Directeur général appartient toujours au Conseil d'Administration et que, par conséquent, c'est au Conseil, et non au Président, qu'il appartient de déterminer l'étendue des pouvoirs de ce Directeur général et sa rémunération. C'est aussi au Conseil qu'appartient le droit de révoquer le Directeur général et ce dernier pourra, comme l'administrateur-délégué, être lui aussi révoqué *ad nutum* par le Conseil, cette révocabilité n'ayant certainement pas été abrogée par la loi de 1940.

§ 3. — *Du Comité d'études*

Une fois établi le principe en vertu duquel aucun autre membre du Conseil d'administration autre que le Président et, selon nous, le Directeur général, dans le cas où le Président refuse d'exercer les fonctions de direction générale de la Société, ne peut être investi des fonctions de direction dans la Société, l'article 2 de la loi, alinéas 3 et 4, ajoute : « Toutefois, le Président peut nommer un comité composé, soit d'administrateurs, soit de directeurs, soit d'administrateurs et de directeurs de

la Société. Les membres de ce comité sont chargés d'étudier les questions que le Président renvoie à leur examen. Les administrateurs qui font partie de ce comité peuvent recevoir une part dans les bénéfices supérieure à celle des autres administrateurs. »

Après avoir rapidement examiné comment, antérieurement à la législation nouvelle, fonctionnait ce comité, nous examinerons les modalités qui, désormais, président à sa formation et à sa rémunération.

La possibilité de la création de ce comité émane de la loi du 16 novembre 1940 ; la loi antérieure du 18 septembre n'en avait, en effet, pas parlé.

Avant même la loi du 18 septembre, lorsque la gérance de la Société était exercée, non par un administrateur unique, mais par un Conseil d'administration, l'usage voulait que ce Conseil, dans l'impossibilité où il se trouvait de siéger en permanence, chargeât une ou plusieurs personnes de la direction des services de la société et de l'expédition des affaires courantes.

En général, nous l'avons vu, le conseil désignait un de ses membres, considéré comme son mandataire, qui prenait alors le titre d'administrateur-délégué. Mais, dans les sociétés importantes, le Conseil, non seulement confiait la délégation à plusieurs de ses membres qu'il chargeait alors d'attributions distinctes, mais il lui était possible, dans la mesure où les statuts l'autorisaient à le faire, de déléguer une partie de ses pouvoirs à un comité de direction, composé le plus souvent de trois à cinq membres qui assuraient collectivement la gestion des opérations courantes et l'exécution des décisions du Conseil.

La loi du 18 septembre 1940 ne parlait pas de ces

comités. Il paraissait donc à peu près certain que, d'après cette loi, si le comité, réunissant plusieurs délégués du Conseil, assurait effectivement des pouvoirs de direction, il tombait sous le coup de la prohibition légale interdisant à tout administrateur autre que le Président — et selon nous le Directeur général substitué au Président — d'exercer dans la Société des fonctions de direction.

Cependant, si le comité n'était, en réalité, qu'un organe purement consultatif chargé d'étudier les affaires et d'apporter au Directeur général les éléments de sa décision, pareil organe demeurerait compatible avec la loi nouvelle puisque seul le Directeur général conservait les pouvoirs de décision.

Car la loi nouvelle, à notre avis, si elle interdisait aux administrateurs autres que le Président ou le directeur général à lui substitué de recevoir des fonctions de direction, ne les empêchait nullement de recevoir des missions d'étude ou de contrôle.

Le comité qui, ainsi que le prévoit le paragraphe 3 de l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940, peut être composé d'administrateurs, n'a pas reçu, à juste titre, la qualité de comité de direction, puisqu'un tel organe ne serait pas compatible avec les dispositions légales. Il est simplement baptisé du terme bien vague de « Comité » tout court. Ainsi que le fait remarquer le rédacteur de la brochure publiée par l'Association Nationale des Sociétés par Actions, si on avait voulu le qualifier d'une façon plus précise, on aurait pu l'appeler Comité consultatif, car le rôle que la loi prévoit comme lui pouvant être attribué est bien d'ordre consultatif. « Les membres de ce comité, dit l'article 2,

paragraphe 3, sont chargés d'étudier les questions que le Président renvoie à leur examen. »

Et notons tout de suite que l'utilité de cette disposition légale est loin d'être apparente, car, quels que soient les termes de la loi, une société anonyme a toujours eu le droit de consulter qui bon lui semble sur les questions qui l'intéressent. Et rien ne l'empêche de solliciter l'avis, soit d'un directeur, soit d'un administrateur, soit d'un comité composé des uns et des autres. Le seul point important de la loi nouvelle est qu'il appartient désormais au Président de nommer les membres de ce comité et que ce droit est ainsi retiré au Conseil. De plus, le Président Directeur général ayant le droit de nommer les membres du comité, il faut lui reconnaître celui de mettre fin, quand il l'entend, à leurs fonctions. Et la question se pose de savoir si c'est à lui qu'il appartient de les rémunérer.

La fin qu'a poursuivie le législateur en assurant ainsi qu'il l'a fait la réglementation des comités, a été sans doute d'empêcher la formation des conseils divers appelés de différents noms : comités de direction, comités consultatifs, comités techniques, qui, le plus souvent, étaient presque en totalité composés d'administrateurs et qui, même lorsqu'ils ne possédaient pas de pouvoirs propres, étaient susceptibles, dans une certaine mesure, par leurs directives et leurs avis, de contrarier l'action du Directeur général et par là d'empêcher cette unité d'action dans la direction qui est le souci principal du législateur. De plus, il semble aussi que le législateur ait eu en vue la disparition des abus qui, parfois, résultaient de la création d'organes parasites qui avaient pour mission de contrôler la direction et dont les mem-

bres recevaient, pour ce faire, une rémunération indépendante de celle du Conseil auquel, pourtant, aux termes de la loi, pareille mission de surveillance et de contrôle incombait.

Remarquons d'ailleurs, encore que cela sorte en partie de notre sujet, que le nouvel article 2 permet encore l'attribution à des administrateurs, au sein de la société, de fonctions n'ayant pas le caractère de fonctions de direction et au moyen desquelles la société pourra profiter, dans une plus large mesure, de leur compétence, soit technique, soit juridique, commerciale ou administrative.

C'est donc au Président et à lui seul que la loi reconnaît le droit de créer ce comité d'études, et le Conseil d'administration n'a pas qualité pour l'instituer : on doit voir dans ce nouveau pouvoir accordé par la loi au Président une preuve nouvelle de l'importance du rôle qu'il est appelé à jouer dans la Société et aussi de la grande autorité que le législateur lui reconnaît,

La loi fixe la composition de ce comité qui comprendra, selon ce que décidera le Président, soit uniquement des administrateurs, soit uniquement des directeurs (il s'agit ici, évidemment, aussi bien du Directeur général, s'il n'est pas président, que des autres directeurs **techniques ou commerciaux** et même de tout chef de service participant à la direction), soit encore à la fois d'administrateurs et de directeurs.

C'est au Président qu'il appartient aussi d'organiser le fonctionnement du comité. Sa mission est définie par la loi ; elle est, à coup sûr, très restreinte et le comité ne pourra, à aucun moment, s'en écarter ; elle consistera uniquement en l'étude des questions que le Prési-

dent estimera devoir renvoyer à son examen. Cette étude consistera vraisemblablement en un rapport écrit ou un exposé oral que le comité adressera ou fera au Président quand celui-ci lui réclamera.

Il ne faut d'ailleurs pas, dans toutes les discussions qu'entraîne l'étude des pouvoirs du Président Directeur général, perdre de vue que le Conseil garde cependant un droit de regard sur ce comité. Il ne faut pas non plus oublier que jusqu'à nouvel ordre, le conseil demeure seul responsable devant l'assemblée de la gestion des intérêts sociaux. Si donc le Conseil désapprouve la création de ce comité faite par son président et s'il estime que le choix des personnes faisant partie de ce comité est inopportun, il pourra toujours mettre fin au comité en sacrifiant le Président. Et, ainsi que le fait justement remarquer l'un des commentateurs de la loi nouvelle (1), la réforme sera donc, en dernière analyse, ce que le conseil voudra qu'elle soit. S'il entend rester maître des leviers de commande, et s'il considère, en présence de comités désignés par lui et ayant le même objet, que la création d'un nouveau comité est de nature à susciter d'inutiles conflits, un acte d'énergie dûment justifié pourra assurer, dans l'intérêt de la Société, le maintien de l'unité de commandement. Par contre, si des considérations étrangères aux intérêts sociaux le font hésiter à prendre les décisions qui, le cas échéant, s'imposeront, il pourra voir par la fissure de ce comité consultatif qui deviendra insensiblement un comité de direction, ses pouvoirs s'amenuiser et son

(1) Jean MICHEL : *op. cit.*

autorité décroître, sans que pour autant ses responsabilités soient moins lourdes. »

Envisageant la rémunération de ce comité, le quatrième alinéa de l'article 2 ajoute : « Les administrateurs qui font partie de ce comité peuvent recevoir « une part dans les bénéfices supérieure à celle des « autres administrateurs. »

Cet alinéa aussi concis qu'obscur pose toute une série de problèmes. Qu'entend-il par « une part dans les bénéfices » ? S'agit-il des bénéfices représentés par les tantièmes alloués statutairement au Conseil d'administration dans son ensemble ? S'agit-il d'une part supplémentaire dans les bénéfices autres que ceux qui constituent les tantièmes, qui s'ajouteraient aux tantièmes proportionnels que touche l'administrateur membre du comité ? A qui appartient-il, Directeur général ou Conseil d'administration, de décider l'attribution de cette part plus forte dans les bénéfices ? De plus, enfin, comme le fait remarquer l'Association Nationale des Sociétés par actions (1), « cette part constitue-t-elle la seule rémunération qu'un administrateur puisse recevoir comme membre du comité, ou bien peut-il recevoir comme tel, une indemnité fixe, à déterminer par le Directeur général et à passer par frais généraux » ?

En toute logique, il semble que puisque c'est au Directeur général qu'il appartient de nommer les membres du comité, c'est à lui qu'il devrait appartenir de déterminer, dans la limite des pouvoirs que lui confèrent les statuts pour la rémunération du personnel de la société, la rémunération des membres de ce comité. Et alors,

(1) A.N.S.A., page 19.

pareille combinaison aboutirait à la rémunération fixe des membres du comité, sauf si — et le cas serait sans doute assez rare — les statuts autorisent le Directeur général à utiliser, pour la rémunération du personnel, une partie des bénéfices sociaux distincts des tantièmes. Dans ce système logique, le paragraphe 4 signifierait que la part totale des bénéfices susceptible de revenir à l'administrateur, nommé, en outre, par le Directeur général membre du comité, peut être plus forte que celle des administrateurs non membres du comité, parce que, selon les cas et si les pouvoirs du Directeur général sont suffisants pour cela, elle peut comprendre, outre la part proportionnelle de cet administrateur dans les tantièmes du Conseil, une autre part de bénéfices (prise en dehors des tantièmes du Conseil) a lui allouée par le Directeur général qui le nomme.

Mais la difficulté reste entière en ce qui concerne la rémunération des membres de ce comité lorsqu'il s'agit de rémunérer les membres du comité pris parmi les administrateurs, car il semble qu'alors le législateur ait songé à attribuer à ces administrateurs une part plus forte dans les tantièmes du Conseil d'administration. Or, la disposition de ces tantièmes n'appartient pas au Directeur général, mais au Conseil d'administration lui-même, et c'est au Conseil qu'est réservé le droit de les répartir inégalement entre les administrateurs. Le Directeur général n'aura alors que la faculté de proposer au Conseil l'attribution aux administrateurs membres du comité d'un tantième plus fort. La décision appartiendra au conseil et si celui-ci refuse — ce qui pourrait arriver — d'abandonner une part proportion-

nelle plus forte de ses tantièmes à un de ses membres désignés, non point par le Conseil mais par le Directeur général, et qui, d'ailleurs étudie non point les affaires dont le Conseil voudrait le saisir, mais celles que lui renvoie le Directeur général, ce refus s'imposera au Directeur général comme à l'administrateur nommé par lui, membre du comité. Mais, dans le cas où justement, la proposition faite par le Directeur général d'attribuer à l'administrateur membre du comité une part proportionnellement plus forte dans la rémunération globale du Conseil, serait rejetée par le Conseil, le Directeur général pourrait-il rémunérer autrement l'administrateur membre du comité et lui allouer, par exemple, de sa propre autorité, une indemnité supplémentaire à valoir sur les frais généraux ?

Il nous semble qu'une telle allocation sera valable si elle intervient au profit d'un *directeur* membre du comité. Mais il ne semble pas qu'il puisse en être de même s'il s'agit d'un administrateur, car comment admettre qu'un directeur général, normalement contrôlé par le Conseil d'administration, ait le pouvoir de nommer des administrateurs chargés de le contrôler à des fonctions comportant une rémunération.

Notons, enfin, pour en terminer avec ce comité et les rapports qu'il peut avoir avec le Président Directeur général, que le paragraphe 4 de l'alinéa 2 ne fait nullement obstacle à ce que le Conseil d'administration puisse, de son côté, créer, dans son sein, un comité d'un tout autre caractère, chargé, par exemple, par délégation spéciale du Conseil, de remplir certains devoirs et d'exercer certains droits du Conseil.

« Le rôle essentiel du Conseil d'administration est de

surveiller et de contrôler (*Aufsichtsrath* du droit allemand) les agissements de la direction générale, et, le cas échéant, d'habiliter celle-ci à passer les actes qui, tout en débordant ses pouvoirs tels qu'ils résultent des statuts ou, plus généralement d'une délibération du Conseil d'administration, n'exigent cependant pas une délibération de l'assemblée générale des actionnaires. Cette intervention nécessaire du Conseil d'administration est d'autant plus fréquente en France qu'il n'y a pas, en droit français, de dispositions légales attribuant impérativement des pouvoirs déterminés à la direction générale. Le Conseil d'administration peut donc vouloir très légitimement, afin d'éviter des réunions trop fréquentes et pratiquement impossibles de tous ses membres, déléguer à certains d'entre eux (qui se réuniront à intervalles rapprochés, une fois par semaine, par exemple) le soin de recevoir les explications et rapports du Directeur Général, et de l'habiliter à passer les actes urgents qu'il veut accomplir, mais qui excèdent ses pouvoirs. En même temps qu'il délègue une partie de ses pouvoirs à ce conseil restreint, le Conseil peut allouer aux administrateurs qui en font partie, une juste rémunération de leur travail plus intense, une part plus forte dans les tantièmes (1). »

Et un tel comité, nous le répétons, ne présente aucun caractère d'illégalité du moment qu'il ne s'ingère pas dans la direction même de la Société que le législateur a voulu concentrer en les seules mains du Président du Conseil d'administration ou de son directeur général.

(1) A.N.S.A., page 22.

Le législateur a sans doute attaché, à ce comité consultatif, une importance plus grande que celle qu'il ne paraît en réalité mériter, car il n'a pas, ainsi que nous le verrons plus loin, hésité à ranger ceux de ses membres autres que les directeurs au nombre des personnes qui, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la Société, pourront être condamnés à contribuer au paiement du passif social.

Ainsi donc, le Président Directeur général peut se reposer sur la compétence de certains membres du Conseil d'administration ou de certains directeurs et se faire largement aider par eux dans l'exercice de ses lourdes fonctions. Mais il se peut qu'il soit, pour une raison ou pour une autre, empêché ou incapable d'exercer ses fonctions. La loi, alors, envisage certaines dérogations aux principes posés par elle. Nous allons les étudier maintenant.

§ IV. — *Délégations de ses fonctions par le Président*

Après avoir posé, en règle générale, que le Président du Conseil d'administration exerce les fonctions de Directeur général et qu'à défaut par lui d'accepter, ces fonctions sont exercées par le Directeur général sous la responsabilité du Président, l'article 2 ajoute, dans ses cinquième et sixième alinéas : « Dans le cas où le Président est dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions, il peut déléguer tout ou partie de celles-ci à un administrateur : cette délégation doit toujours être donnée pour une durée limitée.

« Si le Président est dans l'incapacité temporaire d'effectuer cette délégation, le Conseil d'administra-

tion peut y procéder d'office dans les mêmes conditions. »

Ces alinéas constituent une innovation par rapport à la loi du 18 septembre 1940 qui ne prévoyait pas ces deux cas de délégation de fonctions.

Après avoir examiné quelles étaient les possibilités qui s'offraient au Président Directeur général dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions sous l'empire de la loi du 18 septembre, nous nous demanderons ce qu'apporte de neuf, sur ce point, le texte de la loi du 16 novembre 1940.

Il était hors de doute, sous l'empire de la loi du 18 septembre, que le Président pouvait être autorisé par ses collègues à se substituer une ou plusieurs personnes étrangères au Conseil pour l'accomplissement de missions temporaires ou permanentes.

Le Président Directeur général concentrait, en effet, entre ses mains, les pouvoirs les plus généraux pour l'administration des affaires courantes de la Société. Il était donc normal qu'il pût recevoir du Conseil le mandat de pourvoir aux emplois nécessaires au fonctionnement de la société. Et ainsi, les missions qui, autrefois, étaient confiées à certains administrateurs, pouvaient être remplies par des personnalités par lui choisies en dehors du Conseil. Entraient donc normalement dans ses pouvoirs, le droit de désigner des chefs de service commerciaux, des ingénieurs-conseils, des chefs de contentieux, des fondés de pouvoir. Et il pouvait passer avec chacun d'eux des conventions qui, pour la plupart, affectaient la forme d'un contrat de louage d'ouvrage.

Cependant, en cette matière, les pouvoirs du Président recevaient certaines limites.

C'est ainsi qu'il lui était impossible de sub-déléguer sa délégation générale, et les pouvoirs qu'il pouvait conférer devaient être limités à une partie nettement déterminée de ceux dont il était pourvu par l'application de l'article 2. Et, nous l'avons vu, dans le cas où il lui était impossible de remplir son mandat en ne procédant qu'à des délégations partielles, il devrait demander au Conseil de nommer un Directeur général qui, en cette qualité, se substituerait alors à lui.

Il semble, d'autre part, et la loi du 18 novembre n'a pas modifié ce point précis, que le Conseil gardait le pouvoir de confirmer les nominations faites par le Président aux postes les plus importants, car, en définitive, le Président n'est qu'un délégué du Conseil qui dispose, lui, de l'ensemble des pouvoirs d'administration.

Il se dégage de ces quelques lignes que, s'il est impossible au Président, sauf dans un cas, de déléguer la totalité de ses pouvoirs, il conserve la possibilité d'en déléguer une partie à des personnes distinctes, sauf approbation du Conseil. Cette manière de voir est d'ailleurs conforme à la jurisprudence qui interpréta la loi de 1867 et la sub-délégation générale des pouvoirs d'administrateur d'une société anonyme a, de tout temps, été considéré comme illégale par les tribunaux.

Il n'était donc pas absolument inutile de prévoir, par un texte spécial, les dérogations que l'on entendait apporter à ces principes et la rédaction des alinéas 5 et 6 de l'article 2 de la loi du 16 novembre, si elle ne manque pas d'imperfections, est tout-à-fait justifiée.

Le texte prévoit deux hypothèses.

Le Président ne peut, pour des raisons personnelles ou autres, exercer ses fonctions. Il peut alors déléguer ses fonctions à un administrateur, et cela par une simple manifestation de volonté. Il suffira qu'il précise simplement quels sont exactement les pouvoirs qu'il délègue. Mais il nous semble qu'il aura intérêt à faire approuver cette délégation par le Conseil et notamment à s'assurer que le Conseil considère cette sub-délégation comme indispensable et que l'administrateur désigné par le Président Directeur général a son agrément. Car, si le Conseil estimait que cette sub-délégation était inopportune, soit quant à l'époque choisie, soit quant à la personne désignée, soit même quant aux pouvoirs délégués, il pourrait toujours y mettre fin en sacrifiant le Président lui-même.

La seconde hypothèse envisagée par l'article 2, paragraphe 6, est celle dans laquelle le Président se trouve dans l'impossibilité de transmettre lui-même tout ou partie de ses pouvoirs. Cette situation, à l'heure actuelle, en raison de l'impossibilité de communiquer de la zone occupée à la zone libre et inversement, peut se rencontrer fréquemment. Le Conseil sera alors d'office appelé à conférer la sub-délégation générale.

Il est à noter que, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, la sub-délégation ne peut être donnée *qu'à un administrateur et pour une durée limitée*.

Ainsi que le fait remarquer l'un des commentateurs de la loi (1), « le législateur n'a pas prévu la possibilité pour le Directeur général de transmettre tout ou partie

(1) C. f. Jean MICHEL : *op. cit.*

de ses pouvoirs au cas où un empêchement le mettrait dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions : dans cette hypothèse, il y aura lieu de résoudre le problème par application des règles du droit commun : le Directeur général pourra donner une sub-délégation partielle dans la mesure où les termes de sa délégation l'autorisent à le faire, le Conseil aura seul qualité pour conférer une délégation générale. »

Ainsi, les deux cas visés par les paragraphes 5 et 6 de l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940, sont des cas où le Président se trouve, en fait dans *l'impossibilité temporaire* d'exercer ses fonctions. Il n'y a aucune analogie entre ces deux cas et celui de l'article 2, où le Président déclinant d'une façon à la fois permanente et générale ses fonctions de Directeur général, il y a lieu de pourvoir à son remplacement et de nommer un autre Directeur général, qui exercera ses fonctions sous la responsabilité personnelle du Président.

Ainsi que le fait justement remarquer le rédacteur de la deuxième brochure publiée par l'Association Nationale des Sociétés par actions, « l'impossibilité dont il s'agit ici, est une impossibilité de fait et l'on s'étonne de l'expression « *incapacité temporaire* », employée dans le sixième alinéa. Le mot « incapacité » a, en droit, un sens très précis : les incapables sont les mineurs, les interdits, les prodigues (autrefois la femme mariée), et on ne conçoit pas bien un mineur, un interdit ou un prodigue Président de Conseil d'administration ! Sans doute soucieux de l'élégance du style, les rédacteurs du paragraphe 6 ont-ils voulu éviter, dans le paragraphe 6, la répétition du mot « impossibilité » déjà employé dans le paragraphe 5, mais il ne faut pas sacrifier à la pré-

tendue élégance du style la propriété du terme qui est essentielle dans une loi, plus encore que dans tout autre écrit ».

Notons enfin que la délégation ainsi effectuée dans la limite des deux hypothèses prévues par les alinéas 5 et 6 de la loi du 16 novembre 1940, fait peser, sur l'administrateur qui l'accepte, la responsabilité du Président (art. 4, alinéa 4). Ceci, d'ailleurs, nous paraît normal. L'impossibilité de fait sur laquelle se fonde la sub-délégation, s'oppose, par sa nature (impossibilité de communiquer, maladie grave, voyage), à ce que le Président puisse lui-même surveiller son délégué. Et cette manière de voir ne contredit nullement les dispositions de l'article premier, alinéa 1, qui vise le cas où le Président décline les fonctions de Directeur général, mais conserve la possibilité de surveiller celui qui est nommé à sa place.

CHAPITRE IV

DE LA RESPONSABILITE DU PRESIDENT DIRECTEUR GENERAL

Les dispositions de la loi du 16 novembre 1940 aggravent très sensiblement la responsabilité des administrateurs et celle du Président Directeur général. Après avoir, dans une première section, examiné quelles étaient, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 et des décrets-lois de 1935 et de 1937, les sanctions de l'activité des administrateurs, nous nous demanderons, dans une seconde section, dans quelle mesure les textes en vigueur ont été modifiés par la loi nouvelle et la responsabilité du Président Directeur général, aggravée par rapport à celle qu'encourrait l'administrateur-délégué, son prédécesseur.

SECTION I

DE LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS SOUS L'EMPIRE DE LA LOI DU 24 JUILLET 1867 ET DES DÉCRETS-LOIS DE 1935 ET DE 1937

§ 1. — *De la responsabilité des Administrateurs sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867*

Aux termes de l'article 1850 du Code Civil, « dans
« toute société, chaque associé est tenu envers la société
« des dommages qu'il lui a causés par sa faute, sans

« pouvoir compenser avec ces dommages les profits
« que son industrie lui aurait procurés dans d'autres
« affaires ».

Ce texte s'applique notamment aux associés membres de la direction de la Société, et il en résulte qu'ils doivent, dans la gestion de la société qu'ils dirigent, apporter les soins de l'administrateur type que le Code Civil qualifie de bon père de famille. Ainsi, dès qu'un associé investi d'une parcelle de direction commet une faute que n'aurait pas commise un bon père de famille, il engage sa responsabilité.

L'article 32 du Code de Commerce et l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 précisent l'étendue de la responsabilité des administrateurs d'une Société par actions dans le cas où ils ont commis une faute de gestion.

Aux termes de l'article 32 du Code de Commerce : « les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution de leur mandat. Ils ne contractent, en raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire, relative aux engagements de la Société ».

Et l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 précise de son côté que : « les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement et solidairement suivant le cas, envers la Société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises en distribuant ou en laissant distribuer, sans opposition, des dividendes fictifs ».

Les deux principes sur lesquels ces deux textes fondent la responsabilité des administrateurs des sociétés par actions, ne sont que l'application aux sociétés par actions des règles du droit commun en matière de man-

dat. Il en résulte qu'aucun engagement personnel des administrateurs ne peut provenir du fait des obligations par eux souscrites envers la Société, que les dettes sociales ne peuvent être payées que sur l'actif de la société, qu'en aucun moment les administrateurs ne peuvent être poursuivis, en raison des engagements sociaux, sur leurs biens personnels. En effet, aux termes du Code Civil, la responsabilité du mandataire est intégralement absorbée par celle du mandant.

Cependant, comme des mandataires, les administrateurs devaient être déclarés responsables de leurs fautes qui pouvaient résulter soit d'infractions par eux commises aux dispositions légales, soit de l'inobservation des clauses prescrites par les statuts, soit enfin, d'une négligence ou d'une maladresse qu'ils avaient pu apporter dans leur gestion.

Les responsabilités que rappelle l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867, qui n'étaient autres que celles des mandataires gérants, étaient encourues par les administrateurs du seul fait de leur nomination et de l'exécution de leurs fonctions. On peut imaginer qu'une infinité de cas pouvait être à l'origine de cette responsabilité et qu'il suffisait, pour l'engager, non seulement d'actes positifs émanant des administrateurs, mais d'un simple fait de négligence, d'un défaut de surveillance ou d'un relâchement apporté dans l'exécution du mandat reçu. Et la réparation du préjudice causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution de ce mandat, pouvait être réclamé non seulement par les actionnaires de la Société, mais aussi par les tiers que les agissements des administrateurs avaient lésés.

De plus, aux termes de ces deux articles, les adminis-

trateurs devaient être considérés comme responsables des fautes par eux commises dans l'exercice de leur gestion, et il faut entendre par faute commise dans la gestion, non seulement le cas du manquement aux obligations imposées à un mandataire, mais aussi les fautes proprement dites commises dans l'exécution du mandat à l'occasion d'un acte qui, normalement, entre dans les pouvoirs du mandataire.

L'article 44 donne, d'ailleurs, l'exemple de l'un de ces actes : le cas des dividendes fictifs distribués par l'établissement d'un inventaire inexact ; l'établissement d'un inventaire, d'une part, et la proposition à l'assemblée de la distribution du dividende, constituent bien des actes qui entrent normalement dans la mission confiée aux administrateurs ; en les exécutant mal, il n'est pas douteux qu'ils commettent des fautes de gestion.

L'article 1992 du Code Civil précise, en effet, que les mandataires sont, non seulement responsables en cas de dol de leur part, mais encore des fautes qu'ils commettent dans leur gestion. Il en résulte donc, que les administrateurs étaient, sous l'empire de ce texte, responsables de leurs simples fautes en l'absence de toute volonté dolosive frauduleuse. Il n'y avait pas besoin de rechercher les intentions de l'auteur de la faute, il suffisait que la faute existât pour fonder la responsabilité. De plus, par application de l'article 1382 et de l'article 1383 du Code Civil, les administrateurs devaient répondre envers les tiers, comme aussi envers les associés, de tous les actes par eux commis, ayant caractère de délit ou de quasi-délit.

Jusqu'aux décrets-lois de 1935 et 1937, les responsabilités pénales des administrateurs pouvaient être enga-

gées dans un certain nombre de cas. C'est ainsi que la loi du 24 juillet 1867 réprimait certaines fautes ou omissions se produisant au cours du fonctionnement de la société anonyme. L'article 67 visait le défaut de mention sur tous les documents de la Société de sa forme et de son capital. Les paragraphes 5 et 6 de l'article 13 de la loi envisageaient le cas de la création frauduleuse d'une majorité factice dans l'assemblée générale des actionnaires, et l'article 45, la distribution de dividendes fictifs.

Il est à remarquer, enfin, qu'en dehors de la responsabilité pénale que, par application des dispositions spéciales de la loi du 24 juillet 1867, les administrateurs étaient susceptibles d'encourir, ils pouvaient se rendre coupables, pendant la durée de leur gestion, de délits de droit commun. Fréquentes sont les décisions des tribunaux relevant, à l'encontre des administrateurs, les délits d'escroquerie punis par l'article 405 du Code pénal qui se ramènent généralement, en ce qui concerne les sociétés, à la publication, par les administrateurs, de faits inexacts sur la société, dans le but de faire monter, ou de faire baisser le prix des actions, et d'une façon plus générale, de surprendre la confiance des tiers. De même, fréquentes étaient les condamnations d'administrateurs de sociétés pour abus de confiance dans le cas de détournements des fonds, dans le but d'acquérir, au moyen de ces détournements, un avantage ou un bénéfice personnel même indirect.

Le principe de l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 voulait que les administrateurs fussent responsables, non pas solidairement, mais individuellement, et cette responsabilité devait être appliquée à chacun d'eux,

proportionnellement à ses propres fautes et en raison du préjudice qu'il avait personnellement causé. Il était inutile de distinguer quelle était la source de la responsabilité, si elle était contractuelle, délictuelle ou quasi-délictuelle. Le juge devait examiner séparément la conduite de chacun des administrateurs, et le degré de culpabilité. Il devait exempter de toute responsabilité ceux qui n'avaient pas commis de fautes et qui étaient restés étrangers aux faits incriminés. Il pouvait répartir la responsabilité entre les administrateurs, selon la part plus ou moins importante que chacun d'eux avait prise dans la faute ou le fait considéré.

L'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 prévoyait, cependant, des exceptions au principe de la responsabilité individuelle des administrateurs, et cette responsabilité devait être solidairement déclarée si la faute commise était imputable à tous les administrateurs et s'il était impossible de déterminer le degré de participation et de culpabilité de chacun d'eux. De même, par application de l'article 55 du Code pénal, il devait y avoir également responsabilité solidaire si la faute avait le caractère d'une infraction relevant des tribunaux répressifs.

Cependant, il est évident qu'on ne pouvait pas placer, pour les sanctions des fautes commises au nom de la société, tous les membres du conseil d'administration sur le même plan, car deux d'entre eux jouaient un rôle particulièrement important au sein du conseil : le Président et l'administrateur-délégué. Le Président avait généralement une influence considérable sur les autres membres du Conseil d'administration, et il se pouvait donc que la part du Président dans la recherche

des répartitions de la responsabilité imputable aux membres du Conseil pût être considérée comme plus importante. Cependant, si la preuve n'en était pas apportée, le Président du Conseil d'administration devait être traité comme un administrateur ordinaire, sans plus, et son seul titre de Président ne pouvait suffire à entraîner à son égard l'application d'un traitement plus sévère que celui qui devait être infligé à ses collègues.

D'ailleurs, l'exercice de ses fonctions n'accroissait pas sa part de responsabilité, car, en fait, ses fonctions étaient plus représentatives que réelles et s'appliquaient surtout aux décisions relatives à l'organisation interne de la Société et au fonctionnement du Conseil d'administration.

La situation du ou des administrateurs-délégués était elle toute différente. C'était à eux que, pratiquement, était confié l'exercice de la direction de la Société. Leur responsabilité, aussi bien pour la faute de gestion que pour le quasi-délit civil, ou pour la violation de la loi, paraissait fréquemment comme plus importante que celle des autres administrateurs qui, souvent, n'avaient fait qu'approuver, une fois exécutées, les décisions prises par l'administrateur-délégué. Cependant, il est bien évident que, pour que la responsabilité de l'administrateur-délégué pût être engagée, il était nécessaire qu'il lui fût reproché une faute commise par lui, à l'occasion d'un acte librement exécuté et résultant de sa propre initiative. Si, en commettant la faute incriminée, l'administrateur-délégué n'avait fait qu'exécuter les ordres de ses mandants, c'est-à-dire du Conseil ou de la Société, sa responsabilité ne pouvait alors être

retenue qu'en raison de sa participation aux délibérations du Conseil.

Quant à la responsabilité du Directeur général, elle pouvait être comparée à celle de l'administrateur-délégué. Cependant, comme il n'était pas administrateur, il n'avait pas voix délibérative aux réunions du Conseil d'administration. Par suite, il ne pouvait être tenu pour responsable, même pour partie, des décisions que le Conseil avait prises, puisqu'il ne faisait que les exécuter. La responsabilité du comité de direction se ramenait à celle des divers membres qui le composaient, et elle pouvait être partagée également ou non entre les divers membres de ce comité, suivant le cas.

Il est à noter, enfin, que la responsabilité du Président du Conseil d'administration, de l'administrateur-délégué, du directeur ou du comité de direction, si elle jouait vis-à-vis des tiers, avait également effet vis-à-vis de la Société lorsque leurs actes avaient causé un préjudice à celle-ci.

Mais le Président du Conseil d'administration, l'administrateur-délégué, le directeur ou le comité de direction, n'étaient pas les mandataires directs de la Société : ils n'étaient que les mandataires des administrateurs. C'était donc aux administrateurs, leurs mandants, qu'ils devaient rendre compte de leur mandat. Aussi, à leur responsabilité pour fautes personnelles, les membres du Conseil d'administration ajoutaient-ils celle qui résultait pour eux des fautes ou actes dommageables du Président du Conseil, de l'administrateur-délégué, du directeur ou du comité de direction. Encore fallait-il pour que cette responsabilité des administrateurs vis-à-vis de la société jouât, que les administrateurs se fussent

rendus coupables vis-à-vis de leurs mandataires d'une faute de surveillance ou d'un contrôle insuffisant. Dans la négative, si les administrateurs s'étaient entourés, lorsqu'ils avaient choisi leurs mandataires de toutes les garanties désirables et avaient exercé sur eux une surveillance et un contrôle convenables, leur responsabilité ne pouvait être engagée par les fautes et les agissements des mandataires qu'ils s'étaient donnés conformément à la loi.

Mais, en général, la preuve qu'ils avaient exercé une surveillance suffisante sur leurs mandataires pouvait être très difficilement apportée par les membres du Conseil d'administration. L'on peut dire que sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, la responsabilité de la direction des sociétés par actions se ramenait bien à la responsabilité des administrateurs et qu'en fait, la solidarité que la loi aurait voulu n'être qu'exceptionnelle, était la règle, en raison de l'impossibilité devant laquelle on se trouvait de déterminer la part revenant à chaque administrateur dans la faute ou le fait incriminé. D'ailleurs, les décrets-lois de 1935 et 1937 à l'étude desquels nous arrivons maintenant, apportèrent un caractère nouveau à cette responsabilité des administrateurs.

§ 2. — *De la responsabilité des administrateurs aux termes des décrets-lois de 1935 et de 1937*

Ces textes, en prévoyant de nouveaux cas de responsabilité pour les dirigeants de sociétés, ont eu pour conséquence les modifications du caractère même de la direction des sociétés par actions. On peut dire qu'ils ont ouvert la voie à la disparition de l'anonymat des

sociétés par actions à laquelle la loi du 16 novembre 1940 a apporté une contribution nouvelle.

Le décret-loi du 8 août 1935 a d'abord modifié et complété les dispositions de l'article 405 et de l'article 408 du Code pénal concernant l'escroquerie et l'abus de confiance, et a aggravé les pénalités susceptibles d'être encourues par des personnes commettant une escroquerie ou un abus de confiance en faisant appel au public.

Le cas le plus fréquent d'escroquerie en matière de sociétés par actions est constitué par l'émission d'actions accompagnée de manœuvres frauduleuses caractéristiques et ayant pour but d'inviter le public à souscrire à ces actions. Le cas le plus fréquent d'abus de confiance est celui où un administrateur détourne les fonds qu'il a reçus en vue d'une souscription d'actions.

Avant le décret-loi du 8 août 1935, qui a modifié les articles 405 et 408 du Code pénal, les administrateurs qui commettaient ces délits étaient passibles des peines prévues par ces textes, qui ne distinguaient pas selon que l'auteur de l'acte délictueux était ou non administrateur de sociétés ou selon qu'il avait été commis sous le couvert ou à l'occasion d'un appel à l'épargne. Les modifications apportées par le décret du 8 août 1935 aux articles 405 et 408 du Code pénal, ont aggravé les pénalités lorsque les délits ont été commis à l'occasion d'un appel à l'épargne.

C'est ainsi que les peines prévues par l'article 405, pour l'escroquerie, sont l'emprisonnement d'un an à 5 ans, et une amende de 1.000 à 10.000 francs. Celles prévues pour l'abus de confiance non qualifié sont de deux mois à deux ans de prison, et une amende de 1.000 à 10.000 francs. Si un délit a été commis par une

personne ayant fait appel au public en vue d'émissions d'actions, obligations, dons, parts ou titres quelconques d'une société, l'internement peut être porté à 10 années, et l'amende à 50.000 francs, et de plus, le coupable peut être frappé de l'interdiction des droits civiques, civils ou de famille pour une durée de 10 années et frappé pour la même durée de l'interdiction de séjour. De même, les dispositions que le décret-loi du 8 août 1935 a ajoutées à l'article 408 du Code pénal pour sanctionner l'abus de confiance commis par une personne faisant appel à l'épargne publique, ont considérablement aggravé les peines du droit commun. Le paragraphe 2 de l'article 408 s'exprime ainsi :

« Si l'abus de confiance a été commis par une personne faisant appel au public afin d'obtenir, soit pour son propre compte, soit comme directeur-administrateur ou agent d'une société, la remise de fonds ou valeurs à titre de dépôt de mandat ou de nantissement, la durée de l'internement pourra être portée à 10 années et l'amende à 50.000 francs. »

De même que pour l'escroquerie, le délinquant peut être, en outre, puni de la peine accessoire de 5 à 10 ans d'interdiction des droits civiques, civils ou de famille ; l'interdiction de séjour, à l'inverse de ce qui est prévu pour le délit d'escroquerie commis dans les mêmes conditions ne peut pas être prononcée.

De plus, les décrets-lois des 8 août 1935 et 31 août 1937 ont modifié sur divers points les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 relatives à la responsabilité des administrateurs, et l'on peut écrire que les nouvelles prescriptions qui résultent de ces décrets-lois

n'ont pas seulement accru la responsabilité des administrateurs, mais en ont changé le caractère.

L'article 15 nouveau punit des peines de l'escroquerie, entre autres :

« Les gérants (ou administrateurs) qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, ont sciemment publié ou présenté aux actionnaires un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société. »

Il est, en effet, à noter qu'antérieurement à ce texte, la présentation d'un faux bilan ne constituait pas en elle-même un délit, sauf dans deux cas :

1° si le bilan faisait ressortir les bénéfices fictifs s'accompagnant d'une distribution de dividendes, ou

2° si le faux bilan était publié à l'occasion d'une augmentation de capital ou d'une émission d'obligations.

Dorénavant, il suffit de la présentation du bilan frauduleux par le conseil d'administration pour qu'il y ait délit, sans même qu'intervienne un vote des actionnaires.

Le texte précise, au surplus, que le bilan doit avoir été présenté de mauvaise foi puisque le gérant ou l'administrateur, pour être punissables, doivent avoir agi sciemment.

Sont également punis des peines de l'escroquerie : « les gérants (ou administrateurs) qui, de mauvaise foi, ont fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de celle-ci dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ».

Ce nouveau délit est très peu différent de l'abus de confiance. L'administrateur ne doit, en effet, sous aucun prétexte, user des biens ou du crédit de la société dont il est mandataire, soit dans son propre intérêt, soit pour favoriser une autre société dans laquelle il aurait des intérêts. L'administrateur est, en effet, le mandataire de la société ; il doit donc, à ce titre, agir en bon père de famille et apporter tous ses soins à la gestion de la société.

Ce que le législateur a voulu réprimer, c'est l'abus commis par l'administrateur dans l'exercice de ses pouvoirs et pour son propre avantage, en vue de favoriser d'autres entreprises auxquelles il est intéressé.

Le nouvel article 15 de la loi du 24 juillet 1867 prévoit et punit des peines de l'escroquerie un délit réalisé sous des mobiles analogues. Il précise que sont punis des peines de l'escroquerie :

« Les gérants (ou administrateurs) qui, de mauvaisé foi, ont fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix qu'ils disposaient en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société dans un but personnel ou pour favoriser une société dans laquelle ils étaient intéressés d'une manière quelconque. »

Il est à remarquer que cette recherche par la loi du mobile des administrateurs marquait déjà une tendance législative à les dépouiller de leur qualité de mandataire de la société, et le décret-loi du 8 avril 1935, auquel nous arrivons maintenant, en prévoyant l'application aux administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute et en instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et

d'administrer une société, marquait cette évolution dont nous parlions plus haut, vers la disparition de l'anonymat des sociétés par actions.

ARTICLE PREMIER

« L'article 437 du Code de Commerce est complété par
« la disposition suivante :

« En cas de faillite d'une société, la faillite pourra être
« déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert
« de cette société masquant ses agissements a fait dans
« son intérêt personnel des actes de commerce et disposé
« en fait, des capitaux sociaux comme des siens propres.

ARTICLE 2

« En cas de déclaration de faillite d'une Société, sont
« punis des peines prévues par l'alinéa 3 de l'article 402
« du Code pénal les administrateurs, directeurs ou liqui-
« dateurs d'une Société anonyme, les gérants ou liquida-
« teurs d'une société à responsabilité limitée, et, d'une
« manière générale, tous mandataires sociaux qui en cette
« qualité et de mauvaise foi :

- 1° ont consommé de fortes sommes appartenant à la société en faisant soit des opérations de pur hasard, soit des opérations fictives de Bourse ou sur marchandises;
- 2° ou ont fait des achats pour revendre au-dessous du cours dans l'intention de retarder la faillite de la Société, ou, dans la même intention, se sont livrés à des emprunts, circulation d'effets ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds;
- 3° ou ont payé ou fait payer un créancier au préjudice de la masse après la cessation des paiements;
- 4° ou ont fait contracter par la société pour le compte d'autrui, sans qu'elle reçoive des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, en égard à sa situation lorsqu'elle les a contractés;
- 5° ou ont commis une des infractions prévues et punies

par les articles 18 et 19 de la loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce;

6° ou n'ont pas fait dans les quinze jours de la cessation des paiements, la déclaration aux Greffes du Tribunal de Commerce exigées par les articles 438 et 439 du Code de Commerce;

7° ou ont tenu ou fait tenir irrégulièrement les livres de la Société;

ARTICLE 3

« En cas de déclaration de faillite d'une société, sont
« punis de peines prévues par l'alinéa 2 de l'article 402 du
« Code pénal, les administrateurs, directeurs ou liquida-
« teurs d'une société anonyme, les gérants et liquidateurs
« d'une société à responsabilité limitée, et, d'une manière
« générale, tous mandataires sociaux qui, frauduleusement,
« ont soustrait les livres de la société, détourné ou dissi-
« mulé une partie de son actif ou soit par les écritures
« soit par des actes publics ou des engagements sous signa-
« ture privée, soit par le bilan ont reconnu la société débi-
« trice de sommes qu'elle ne devait pas.

ARTICLE 4

« Sont punis des peines portées à l'alinéa 3 de l'article
« 402 du Code Pénal, les administrateurs, directeurs ou
« liquidateurs d'une société anonyme, les gérants ou liqui-
« dateurs d'une société à responsabilité limitée et, d'une
« manière générale, tous mandataires sociaux qui, en vue
« de soustraire tout ou partie de leur patrimoine aux pour-
« suites de la société faillie ou de ses actionnaires ou de
« ses créanciers ont, de mauvaise foi, détourné ou dissi-
« mulé, tenté de détourner ou tenté de dissimuler une par-
« tie de leurs biens, ou se sont frauduleusement reconnus
« débiteurs de sommes qu'ils ne devaient pas.

ARTICLE 5

« Les déchéances attachées par la loi à la faillite des
« commerçants sont applicables de plein droit aux person-

« nes condamnées par application des articles 2, 3 et 4 du
« présent décret.

ARTICLE 6

« Toute condamnation définitive pour crime de droit
« commun, pour vol, pour abus de confiance, pour escro-
« querie ou pour délit puni par les lois des peines de
« l'escroquerie ou de la banqueroute, pour soustraction
« commise par dépositaire public, pour extorsion de fonds
« ou valeurs pour émission, de mauvaise foi, de chèques
« sans provision, pour atteinte au crédit de l'Etat, pour
« recel des choses obtenues à l'aide de ces infractions,
« comporte de plein droit interdiction du droit de diriger,
« administrer, gérer à un titre quelconque une société par
« actions ou à responsabilité limitée ou une Agence ou
« une Succursale de sociétés par actions ou à responsa-
« bilité limitée, ou d'exercer les fonctions de membre du
« Conseil de Surveillance ou de commissaire dans ces
« sociétés ou d'engager la signature sociale de ces sociétés.
« Toute condamnation ou tentative ou complicité des
« infractions ci-dessus entraînera la même incapacité.

« La même interdiction est encourue par les faillis non
« réhabilités.

.....

ARTICLE 8

« Quiconque contrevient à l'interdiction prononcée par
« les articles 6 et du 7 du présent décret-loi sera puni d'un
« emprisonnement de 6 mois au moins et de deux ans au
« plus, et d'une amende de 1.000 francs au moins et de
« 10.000 francs au plus, ou de l'une ou de l'autre de ces
« deux peines seulement.

ARTICLE 9

« Quiconque aura été condamné par application de l'ar-
« ticle 8 du présent décret, ne pourra être employé, à quel-
« que titre que ce soit, par la Société où il aura exercé
« des fonctions prohibées.

« En cas d'infraction à cette interdiction, le délinquant
« et son employeur seront punis des peines portées à l'ar-
« ticle 8.

ARTICLE 10

« Lorsqu'une société anonyme ou à responsabilité limitée
« est mise en faillite, les administrateurs ou les gérants
« peuvent être frappés par le Tribunal de Commerce de la
« déchéance du droit d'administrer ou de gérer toute so-
« ciété si des fautes lourdes sont relevées à leur charge ».

Les administrateurs, aux termes de la législation en vigueur jusqu'à la loi du 16 novembre 1940, ne devaient être considérés que comme de simples mandataires qui agissaient pour le compte et au nom de la société. Ils n'avaient pas la qualité de commerçants, et par conséquent ne pouvaient pas être mis en état de faillite, seuls les commerçants pouvaient être déclarés en faillite. La législation de la faillite ne pouvait leur être appliquée purement et simplement, mais le décret-loi du 8 août 1935 avait prévu que tout mandataire d'une société, qu'il s'agisse du Président du Conseil d'administration, de l'administrateur délégué, d'un simple administrateur, ou même de quelqu'un n'ayant que le titre de directeur, serait considéré comme ayant la qualité de commerçant, si la société n'avait fait que lui servir de paravent pour accomplir, pour son compte personnel, tous actes de commerce. Il est à noter que ces dispositions ne faisaient que consacrer une jurisprudence solidement établie.

De même les articles 3 et 4 du décret qui prévoyaient l'application des peines de la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse aux administrateurs, directeurs ou mandataires quelconques de la société, dans certains cas, étaient le signe d'une tendance très nette

de la loi, de faire des dirigeants d'une société par actions de véritables commerçants.

Notons, enfin, que le décret-loi du 30 août 1937 a créé un nouveau délit à la charge des administrateurs et des dirigeants de sociétés par actions. Son article 3, en effet, qui modifie l'article 15 du 24 juillet 1867 a disposé que seraient punis des peines de l'escroquerie :

« Ceux qui auront, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. »

Mais si le nouveau délit ainsi précisé par le décret-loi du 30 août 1937 n'a pas modifié le caractère juridique de la responsabilité des administrateurs de sociétés par actions, nous allons constater qu'il n'en est pas de même des **dispositions** de la loi du 16 novembre 1940 à l'étude desquelles nous arrivons maintenant.

SECTION II

LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS SOUS L'EMPIRE DE LA LOI DU 16 NOVEMBRE 1940

La loi du 18 septembre 1940 avait réglé la responsabilité du président et des administrateurs d'une façon inadmissible et parmi les nombreuses critiques qu'avaient soulevées cette loi, les plus véhémentes portaient sur le régime nouveau de la responsabilité qu'elle instaurait. Aussi, avant d'examiner les modifications apportées à la loi de septembre par la loi de novembre, allons-nous étudier les dispositions mêmes de la loi de septembre et nous pourrons ainsi dégager l'esprit dans lequel doit être compris le texte de novembre.

§ I. - *La responsabilité des administrateurs
sous l'empire de la loi du 18 septembre 1940*

L'article 4 de la loi du 18 septembre s'exprimait ainsi :

« Est considéré comme commerçant pour l'application de la présente loi, le président du Conseil d'administration de la Société. Au cas de faillite de celle-ci il est soumis aux déchéances attachées par la loi à la faillite. »

« En outre, en cas de faillite de la Société, le tribunal civil peut, à la demande du Syndic, décider si l'actif est insuffisant, que les dettes sociales seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il fixera, soit par le président, soit par tous les administrateurs, soit par certains d'entre eux avec ou sans solidarité. »

Ainsi que l'exprime le rédacteur de la première brochure publiée par l'Association Nationale des sociétés par actions. « Le libellé de ce texte est tel qu'on hésite sur sa portée exacte. Puisque, d'une part (art. 4, al. 1^{er}) le président du Conseil d'administration est considéré comme commerçant pour l'application de la loi, et que, d'autre part, cette loi est relative (tant d'après son intitulé que d'après ses dispositions, art. 2, 1^{er} al.; art. 4, 2^e al.) à la responsabilité du président, notamment vis-à-vis des tiers, on est conduit par la logique à penser, du premier abord, que le président, à titre d'associé personnellement commerçant, est, comme l'associé en nom collectif gérant d'une commandite, lui aussi personnellement commerçant, responsable automatiquement de tout le passif social. Mais cette solution — qui serait la suppression pure et simple de la Société anonyme (à laquelle certains, du reste, songent peut-être), et la transformation automatique de toutes les sociétés de

ce type en commandites par actions — ne correspond cependant certainement pas à l'intention actuelle des rédacteurs de la loi; l'article 4, 2^e alinéa, suffit à le prouver, puisqu'il ne déclare le président du Conseil d'administration responsable *ultra-vires* et personnellement du passif social qu'en cas de faillite de la Société et seulement à l'appréciation du tribunal, tandis que l'associé en nom collectif gérant répond personnellement de tout le passif social en toute hypothèse et obligatoirement. »

Qu'a donc voulu le législateur? Nous allons essayer de le dégager en étudiant de près les deux alinéas de cet article 4.

Et tout d'abord quelle portée faut-il attribuer au texte de l'alinéa 1^{er} de l'article 4 qui décide que le président du Conseil est considéré, pour l'application de la loi, comme commerçant.

Il semble, au premier abord, que cette qualité de commerçant n'a été attribuée au Président que dans le seul but de pouvoir le soumettre, en cas de faillite de la Société, aux déchéances qui atteignent dans la même hypothèse un commerçant ordinaire. Car quelle garantie particulière apporterait aux actionnaires et aux tiers l'obligation pour le Président de tenir des livres de commerce, livres qui ne contiendraient mention d'aucune opération commerciale, de publier son régime matrimonial et de s'inscrire au registre du commerce. Au contraire, il est nécessaire si l'on veut lui faire subir les déchéances et les sanctions de la faillite, de lui attribuer la qualité de commerçant.

Et il s'en suit, précise l'article 4 *in fine*, qu'au cas de faillite de la Société, le Président du Conseil d'adminis-

tration de la Société est soumis aux déchéances attachées par la loi à la faillite.

Il apparaît, aux termes de cet article, qu'au cas de déclaration de faillite de la Société, le Président du Conseil sera, de plein droit, soumis aux déchéances attachées par la loi à la faillite. Mais alors si telle a bien été la pensée des législateurs — et tout porte à le croire — pourquoi ne se sont-ils pas contentés d'énoncer objectivement le résultat qu'ils voulaient consacrer, et pourquoi ont-ils éprouvé le besoin de formuler inutilement et dangereusement un principe d'assimilation contraire à la réalité des choses? Mieux eût valu, afin d'empêcher que ne renaisse sur ce point la controverse relative à la faillite de fait, préciser que ce serait seulement en cas de faillite *déclarée* de la Société (et non dans le cas de la simple cessation de paiement, sans jugement déclaratif du Tribunal de Commerce: faillite de fait) que le Président encourrait les déchéances dont il s'agit.

Ces observations montrent déjà l'imperfection du texte et le danger très réel qu'il présentait en donnant prise à un renouveau de la théorie de la faillite de fait que la jurisprudence avait fait sienne, se fondant sur l'article 437 du Code de Commerce : « Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite ». Aux termes de cette théorie un commerçant se trouvait virtuellement en état de faillite par cela seul qu'il a cessé ses paiements; dès lors sans qu'un jugement déclaratif ait été rendu par le Tribunal de Commerce, les conséquences légales de la faillite devraient être appliquées, sauf évidemment celles qui concernent la procédure et

supposent nécessairement l'organisation de cette procédure.

La loi du 18 septembre ne précisant pas à quel moment les déchéances de la faillite sont applicables au Président et lui conférant la qualité de commerçant, on pouvait craindre que la jurisprudence ne fît état de cette théorie de la faillite de fait combattue d'ailleurs par toute la doctrine. Et alors la responsabilité du Président-Directeur général déjà lourde s'en serait trouvée singulièrement aggravée.

Quoiqu'il en soit, la disposition de l'alinéa 1^{er} de l'article 4 de la loi du 18 septembre n'apporte cependant pas une innovation réelle dans notre législation ainsi que nous l'allons voir.

Nous savons que le décret du 8 août 1935 avait déjà établi comme sanction — accessoire il est vrai — de fautes caractérisées, l'application des incapacités de la faillite aux administrateurs des sociétés anonymes. Et ce texte ne distinguait pas entre les différentes fonctions que pouvaient exercer ces administrateurs : il frappait indistinctement tous les administrateurs, qu'ils fassent ou non partie du bureau de la Société.

Antérieurement à ce décret, et sous l'empire de la loi de 1867, nous l'avons vu, les associés, qui n'étaient pas personnellement tenus du passif, conservaient, en cas de faillite de la Société, leurs capacités politique et commerciale pleines et entières. Il en résultait donc que les administrateurs des sociétés anonymes en faillite déclarée échappaient aux conséquences de la faillite qui frappent le commerçant. Ils pouvaient être privés des droits politiques et de famille visés par l'article 42 du Code pénal dans le seul cas où pour infractions à

l'article 15 de la loi de 1867, ils étaient susceptibles d'être condamnés aux peines prévues par l'article 405 du Code pénal.

Nous l'avons vu, le décret du 8 août 1935 avait profondément modifié cette situation puisque son article 5 avait décidé que les déchéances attachées par la loi à la faillite des commerçants seraient de plein droit applicables aux administrateurs frappés des peines prévues par les paragraphes 2 et 3 de l'article 402 du Code pénal en raison d'infractions commises par eux aux articles 2, 3 et 4 du décret que nous avons précédemment étudiés. Ce décret, dans son article 1^{er} complétant l'article 437 du Code de Commerce, ajoutait, de plus, qu'en cas de défaillance d'une Société, sa faillite pourrait être déclarée commune à toute personne qui, « sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres ».

Enfin, nous le rappelons, l'article 10 du même texte décidait qu'en cas de mise en faillite d'une société anonyme, les administrateurs à la charge de qui étaient relevées des fautes lourdes, pourraient être frappés par le Tribunal de Commerce, d'une déchéance jusqu'alors inconnue: l'interdiction de gérer ou d'administrer une société quelconque.

Les conséquences du texte de l'article 4 de la loi du 18 septembre sont beaucoup plus graves. Alors qu'antérieurement les déchéances de la faillite n'étaient encourues que par les administrateurs de la Société faillie qui, dans l'exercice de leurs fonctions, s'étaient rendus coupables de certains délits et que la responsabilité

éditée par l'article 10 conservait un caractère purement facultatif, la loi du 18 septembre frappe automatiquement des incapacités de la faillite le Président du Conseil de la Société qui a été mise dans l'obligation de déposer son bilan, et cela, même dans le cas où il n'a personnellement commis aucune des infractions prévues par le décret précité du 8 août 1935 et même dans le cas où aucune faute lourde susceptible de lui faire encourir la sanction de l'article 10 ne peut être relevée à sa charge.

Les déchéances qui frappent le Président sont donc les suivantes:

Antérieurement à la Constitution du 10 juillet 1940, le Président est privé des droits d'électorat et d'éligibilité à la Chambre et au Sénat (décret-loi du 2 février 1852, article 15, 17 et 26; loi du 9 décembre 1884, art. 4) aux conseils généraux (loi du 10 août 1871, art. 5 et 6), aux conseils d'arrondissement (loi du 10 août 1871, art. 5) et aux conseils municipaux (loi du 5 avril 1884, art. 14 et 32).

Le Président ne peut plus être investi d'une fonction publique, administrative ou judiciaire (décret du 12 oct. 1794, 21 vendémiaire, an III) ni d'un office ministériel d'agent de change ou de courtier privilégié (Code de Commerce, art. 83) ou de notaire (loi du 25 ventôse, an XI, art. 35, modifié par la loi du 12 août 1902), il ne peut plus avoir la qualité de courtier en marchandises inscrit (loi du 18 juillet 1866, art. 2). Il ne peut plus être juré en cour d'assises (Code d'Instruction criminelle, art. 381; loi du 24 novembre 1872, art. 28) et, encore que le point soit ici discuté, il lui est interdit de jouer le rôle de témoin dans un acte notarié (loi du 25 ventôse,

an XI, art. 9 modifié par les lois des 7 décembre 1897 et 12 août 1902).

Le Président ne peut être électeur, ni éligible aux tribunaux de commerce (loi du 14 janvier 1933, art. 2, 8°), aux conseils de prud'hommes (loi du 1^{er} juin 1853, art. 6) aux chambres de commerce (loi du 21 décembre 1871, décret du 22 janvier 1872, loi du 8 janvier 1883, art. 20, loi du 19 février 1908, art. 2), aux chambres consultatives des arts et manufactures (décret du 22 janvier 1872, art. 3 et 4, loi du 19 février 1905, art. 1^{er}). Le Président ne peut plus être admis à l'escompte de la Banque de France (décret du 16 janvier 1808, art. 50 et 51), ni à l'entrée d'une bourse de commerce ou d'effets publics (Code de Commerce, art. 613). Il lui est interdit de faire, à titre professionnel, des opérations de banque (loi du 19 juin 1930).

Enfin, en ce qui concerne les droits honorifiques, le Président d'une Société faillie perd le droit de porter les insignes de la Légion d'Honneur (décret du 16 mars 1852, art. 39; 24 novembre 1852, art. 7), de la Médaille militaire (décret du 24 novembre 1852, art. 2 et 7) et ceux d'aucun ordre étranger (décret du 24 nov. 1852, art. 7).

Mais, ainsi que le fait si bien remarquer le rédacteur de la deuxième brochure publiée par l'Association Nationale des Sociétés par Actions (page 21) « même limitée à l'application automatique au Président, en cas de déclaration de faillite de la Société, des échéances de la faillite, l'article 4, alinéa premier, est d'ailleurs au point de vue législatif, d'une utilité et d'une équité fort contestables. Le décret-loi du 8 août 1935 déjà, avait décidé (article 5) que les échéances de la faillite

seraient applicables de plein droit aux administrateurs et directeurs de sociétés anonymes lorsque — s'étant rendus coupables en cette qualité, par rapport au patrimoine social, de faits qui, accomplis par un commerçant sur son patrimoine personnel, constitueraient le crime de banqueroute frauduleuse ou le délit de banqueroute simple — ces administrateurs auraient été condamnés pénalement pour ces faits par l'application des articles 2 et suivants du nouveau décret-loi. L'article 10 du même décret ajoute, que lorsqu'une société anonyme est mise en faillite, les administrateurs (parmi lesquels le Président) « peuvent » en dehors de toute condamnation pénale « être frappés par le Tribunal de Commerce de la déchéance du droit d'administrer ou de gérer toute société, si des fautes lourdes sont relevées à leur charge ». Tout en édictant à juste titre contre les administrateurs, coupables de fautes (parfois même de simples fautes de négligence), des déchéances qui, sérieusement appliquées, suffiraient apparemment à réprimer les abus, ces textes avaient le grand avantage de proportionner la sanction à la faute, notamment en laissant au Tribunal de Commerce un pouvoir d'appréciation tandis qu'avec la disposition actuelle de l'article 4, premier alinéa de la loi de 1940, le seul fait de la déclaration de faillite — quelle qu'en soit la cause — fût-ce une crise économique imprévue ou les agissements d'une direction antérieure, auxquels le Président actuel est complètement étranger — entraîne automatiquement les déchéances contre le Président en fonctions au moment de la déclaration de faillite. Il est permis de trouver pareil système peu équitable et de craindre qu'il n'aboutisse à écarter de la présidence

des sociétés anonymes les hommes les plus qualifiés et les plus intègres, en les amenant à démissionner, et plus encore en les détournant d'accepter de nouvelles présidences, en particulier lorsqu'il s'agit de renflouer une société qui périclité. Est-ce bien là le moyen de faire revivre l'économie nationale ? »

Ces observations nous paraissent empreintes du plus grand bon sens. Il ne faut pas, en effet, sous prétexte de protéger soi-disant l'épargne, empêcher le développement commercial du pays de poursuivre son essor. A partir du moment où le risque devient trop grand, il est à craindre que les chefs d'entreprises ne s'en détournent et le résultat escompté ne sera pas obtenu.

Et nous arrivons à la disposition fondamentale de la loi du 18 septembre sur la responsabilité du Président et des administrateurs. Cette disposition est celle du deuxième alinéa de l'article 4 ainsi conçu : « Au cas de faillite de la Société, le Tribunal civil, peut, à la demande du syndic, décider, en cas d'insuffisance d'actif, que les dettes sociales seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il fixera, soit par le Président, soit par tous les administrateurs, soit par certains d'entre eux, avec ou sans solidarité. »

Avant de passer au problème fondamental que soulève ce texte — certains n'y ont vu rien moins que l'introduction de la notion de risque se substituant à celle de faute dans la détermination de la responsabilité des administrateurs et du Président, — relevons les observations d'ordre secondaire qu'il soulève.

Il est d'abord certain que les mots « insuffisance d'actif » employés par ce texte y désignent bien l'insuffisance d'actif pour payer tout le passif et non pas com-

me, lorsqu'il s'agit de la clôture de la faillite, l'insuffisance de fonds pour continuer la procédure, insuffisance qui aboutit, selon la terminologie courante, à la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif. »

Il serait en effet inconcevable que le législateur eût entendu limiter l'extension de responsabilité qui résulte du nouveau texte au cas où le syndic se trouve dans l'impossibilité, faute d'argent, de poursuivre les opérations de la faillite. » « Ce que le législateur a manifestement voulu c'est autoriser le tribunal, toutes les fois que la réalisation de l'actif ne permet pas de désintéresser intégralement les créanciers, à condamner les administrateurs au paiement de tout ou partie de ce passif, alors même que leur responsabilité ne serait pas engagée selon les principes admis par la jurisprudence actuellement en vigueur. Or, les raisons de décider sont les mêmes quel que soit le mode de clôture de la faillite, et la limitation des dispositions légales au seul cas extrême où les fonds manquent pour en continuer la procédure, apparaîtrait comme tout à fait incompréhensible » (1).

Une autre observation, d'ordre secondaire également, s'impose. Il est surprenant de voir l'article 4 alinéa 2, attribuer compétence, en responsabilité contre le Président et les membres « au Tribunal civil » pour statuer sur l'action du syndic du Conseil d'Administration. Aux termes de l'article 631, deuxième du Code de Commerce, « les Tribunaux de Commerce connaîtront... 2° des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce ».

(1) Jean MICHEL : *op. cit.*

Or, si le syndic agit du chef de la Société, c'est-à-dire s'il exerce l'action sociale en responsabilité, il s'agit bien alors de contestations entre associés et la compétence, conformément au texte précité, devrait appartenir au Tribunal de Commerce du Siège social. De plus, si l'on envisage le cas où le syndic agit directement du chef des créanciers de la Société en faillite, aux termes de l'article 635 du Code de Commerce ainsi conçu « Les Tribunaux de Commerce connaîtront tout ce qui concerne les faillites, conformément à ce qui est prescrit au livre 3 du présent code », la compétence devrait appartenir au tribunal de la faillite, car il s'agit alors d'une action se rattachant directement à la faillite, et c'est-à-dire ici encore, au Tribunal de Commerce du Siège social. On peut se demander pourquoi les rédacteurs de loi avaient écarté le Tribunal de Commerce et la solution adoptée paraissait d'autant plus choquante et illogique quand il s'agissait d'une action dirigée contre le Président du Conseil d'administration qu'aux termes de l'alinéa premier de l'article 4 de la loi, le Président est considéré comme commerçant pour l'application de la loi.

Ces deux observations formulées, essayons de dégager les principes nouveaux de la responsabilité qui peuvent résulter du texte de l'article 4. Nous examinerons d'abord comment certains ont prétendu fonder sur ce texte une théorie extensive de la responsabilité et, en réfutant cette théorie à notre avis mal fondée, nous examinerons la véritable portée du nouveau texte.

Nous savons qu'aux termes de l'article 32 du Code de Commerce les administrateurs de sociétés anonymes ne contractent en raison de leur gestion aucune obligation

personnelle, ni solidaire relativement aux engagements de la Société : ils ne peuvent être déclarés responsables que de l'exécution de leur mandat et cette responsabilité civile paraît supposer la réunion de trois conditions.

Il faut, en premier lieu, qu'une faute puisse être relevée à leur charge. Il peut s'agir d'une faute de gestion présentant un caractère contractuel qui peut résider, en ce qui concerne les administrateurs dépourvus de fonctions spéciales, dans le simple mandat qu'ils tiennent des statuts ou du vote de l'assemblée générale et pour les administrateurs délégués de la désignation du Conseil d'Administration.

Cette faute peut aussi résulter d'infractions aux prescriptions légales ou statutaires, et la réparation peut en être poursuivie par toute personne qui en a subi le préjudice.

Cette responsabilité peut enfin être fondée sur un délit ou un quasi-délit qui n'a pas besoin de se rattacher par un lien nécessaire à la gestion par eux assurée. On peut alors admettre que l'action engagée qui a pour but la réparation du dommage subi personnellement par certains actionnaires ou par des tiers et en particulier par les créanciers sociaux, a pour fondement les articles 1382 et 1383 du Code civil. Ceci résulte d'ailleurs des termes mêmes employés par l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 : « Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun... »

Mais, puisqu'il s'agit précisément d'une responsabilité conforme au droit commun, il ne suffit pas que l'on ait pu relever une faute à la charge de l'Administrateur, Il faut, en plus, établir l'existence d'une relation de

cause à effet entre le fait incriminé et le préjudice allégué et l'on sait que c'est aux juges du fond qu'il appartient d'apprécier souverainement l'existence de ce lien de causalité, la Cour de Cassation ne conservant son droit de contrôle qu'au cas d'insuffisance de motifs.

Le juge enfin doit déterminer la mesure du préjudice dont la réparation est demandée afin de n'allouer au demandeur que la compensation exacte du préjudice éprouvé et sur ce point encore son pouvoir d'appréciation demeure souverain.

Tel est le fondement de la responsabilité civile telle qu'elle ressort des règles du Code civil. Peut-on estimer que la loi nouvelle a apporté à ces principes des changements importants.

On a tenté de le soutenir en adoptant l'argumentation suivante :

Il n'est plus désormais nécessaire d'établir en droit à la charge des administrateurs l'existence d'une faute, ni de relever l'existence d'un rapport de cause à effet entre cette faute et le préjudice subi, chaque fois que la réalisation de l'actif se montrera insuffisante pour couvrir le passif. Il suffira de cette simple constatation pour que soit justifiée la condamnation, avec ou sans solidarité, soit du Président du Conseil, soit des administrateurs, au paiement de tout ou partie des dettes sociales.

Certes, il est évident que le Tribunal ne devra pas faite abstraction complète des principes du droit commun qui conditionnent la responsabilité des administrateurs, et le fait que la loi n'oblige pas de plein droit les membres du Conseil au paiement des dettes, qu'elle laisse au juge le pouvoir de limiter la responsabilité des administrateurs au règlement d'une fraction du pas-

sif, et qu'elle lui laisse enfin la faculté de prononcer ou non la solidarité, montre que, dans la pratique, les juges devront s'inspirer des règles traditionnelles et que les pouvoirs qui leur sont donnés par la loi, si étendus qu'ils soient, ne sauraient justifier une condamnation arbitraire. Les auteurs qui soutiennent l'argument que nous exposons, vont jusqu'à dire :

« Il n'en est pas moins vrai que le texte nouveau n'a de sens qu'autant qu'il permet au juge d'échapper à la rigueur moins apparente de ces règles, et que si ses pouvoirs souverains réduisaient, jusqu'à présent, dans de très étroites limites, le droit de contrôle de la Cour Suprême, la formule de la loi nouvelle le supprime complètement puisqu'elle ne subordonne à aucune règle juridique précise la régularité des condamnations éventuelles : la différence entre les deux législations apparaîtra principalement, nous semble-t-il, en ce qui concerne le fondement de la responsabilité où la notion de risque viendra se substituer insensiblement à celle de faute, de telle sorte que le juge ne sera plus tenu pour justifier légalement sa décision, de relever à la charge des administrateurs qu'il condamne, l'existence d'une faute personnelle d'origine contractuelle ou quasi-délictuelle ; et corrélativement il n'y a plus à établir l'existence d'un rapport entre cette faute qu'il n'est plus nécessaire de relever et la condamnation au paiement des dettes sociales. »

M. J. Michel s'est fait le promoteur de cette conception hardie de citer M. le Doyen Ripert selon lequel le droit moderne ne regarde plus du côté de l'auteur de l'acte, mais du côté de la victime. Ce que veut la victime, c'est obtenir réparation. Il lui importe peu

que le juge approuve ou condamne l'acte qui a été la cause du dommage ; que la faute soit ou non établie, le dommage subsiste qui ne saurait être toléré. Et M. Sabatier de son côté, écrit que la responsabilité civile doit se définir : « L'obligation de prendre à sa charge les conséquences d'une activité à laquelle on préside, de telle sorte qu'il n'y a aucune absurdité à la faire dériver d'un acte non fautif. » Et M. J. Michel estime que pareille interprétation des dispositions nouvelles ne sauraient surprendre ceux qui depuis vingt ans ont suivi l'évolution de nos institutions juridiques. Et il conclut :

« Mais si la loi nouvelle paraît bien conférer au juge un pouvoir absolument arbitraire d'appréciation, nous voulons croire qu'il n'en usera qu'avec discernement, et que les condamnations qu'elle autorise ne seront prononcées que dans les hypothèses, ou à défaut d'une preuve certaine du manquement des administrateurs aux devoirs de leur charge il existera du moins certaines présomptions de défaillance. »

Nous n'ignorons pas que la preuve d'une faute est souvent difficile à administrer, et nous reconnaissons avec M. Ripert que celle d'un lien de causalité entre le fait et le dommage est « une preuve souvent diabolique » mais dès lors que l'on maintient dans la législation le cadre traditionnel des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions, il faut bien qu'une différence subsiste entre les responsabilités que l'adoption entre l'une ou l'autre de ces formes de sociétés entraîne pour leur personnel directeur ; et si l'on conçoit que, dans certains domaines, les risques que l'on fait courir à autrui entraînent sensiblement les mêmes conséquences que les fautes commises, c'est à la condition

que l'on puisse, à titre de contre-partie juridique nécessaire, envisager sérieusement comme on a pu le faire dans ces hypothèses où l'on a rompu avec les principes traditionnels, une assurance contre ces risques et seuls les techniciens de l'assurance des responsabilités auraient qualité pour dire si l'on peut envisager de garantir des administrateurs contre les risques indéterminés que la loi nouvelle fait peser sur eux.

Ainsi, dans ce système, en cas de faillite de la Société pour ce qui est de la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des créanciers sociaux et aussi sans doute vis-à-vis des actionnaires dont on peut considérer que le nominal des titres constitue un passif interne qui rentre dans le passif social, on substituerait par le seul effet de la rédaction du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 18 septembre 1940, la théorie dite du risque à celle de la faute. Il en résulterait donc que la situation des administrateurs des sociétés anonymes se confondrait presque avec celle d'associés en nom collectif.

Il est incontestable que la théorie du risque est aujourd'hui fort à la mode. Mais il ne peut valablement être soutenu que cette théorie constitue, en l'état actuel du droit français, la base du droit commun de la responsabilité. Les articles 1148 et 1382 du Code civil qui font reposer la responsabilité sur la notion de faute ne sont nullement abrogés et, en dehors de cas précis où la loi assigne comme fondement de la responsabilité qu'elle édicte la notion de risque, c'est à eux qu'il faut se reporter. Car ces cas précis sont exceptionnels et pour qu'ils soient admis, il faut nécessairement qu'ils aient été consacrés par un texte exprès et formel. Nous pensons en matière d'accidents du travail aux règles édictées par

l'article premier de la loi du 9 avril 1898. Mais il ne nous semble pas que l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi du 18 septembre 1940 présente ce caractère car il ne dit pas qu'en cas de faillite sociale, les administrateurs doivent être déclarés responsables de l'excédent du passif sur l'actif, sauf faute intentionnelle de la victime, créanciers et actionnaires. Il décide uniquement que dans le cas de cette insuffisance d'actif le Tribunal peut décider que les dettes sociales seront supportées à concurrence du montant par lui fixé, par le Président et les administrateurs. Mais il ne précise nulle part les conditions de cette responsabilité. Il faut donc juridiquement en déduire que sur ce point il s'en rapporte au droit commun de la responsabilité fondé sur la notion de faute : s'il avait l'intention de s'en écarter, il devait le dire expressément.

D'ailleurs, ainsi que le fait justement remarquer le rédacteur de la brochure publiée par l'Association Nationale des Sociétés par Actions « les conditions requises pour que l'idée de risque soit raisonnablement applicable » font ici défaut. Il peut être équitable que les risques d'une entreprise, c'est-à-dire les dommages causés par son fonctionnement, soient, par une juste réciprocité, mis à la charge de celui qui, par contre, en recueille les profits. Mais ici, et on paraît vraiment l'oublier, ce ne sont pas le Président et les administrateurs qui, normalement recueillent la plus grosse part des bénéfices sociaux : c'est la Société, c'est-à-dire l'ensemble des actionnaires, et, aujourd'hui pour une très large part sous forme d'impôts, l'Etat.

En fait, l'article 4 ne doit être considéré que comme un simple rappel du droit commun selon lequel, lors-

qu'une société anonyme est déclarée en faillite, le Syndic, afin de parfaire l'actif social, a la possibilité de faire engager la responsabilité pécuniaire personnelle des membres du Conseil d'administration, mais cela, sur les bases du droit commun.

Et il est donc permis de croire que, d'après la loi de 1940 aussi bien qu'auparavant, non seulement le juge du fait continuera, le cas échéant, à baser son jugement de condamnation contre des administrateurs de sociétés anonymes sur une faute relevée par lui à leur charge et retenue dans les motifs du jugement, mais aussi que, s'il ne le faisait pas, après comme avant la loi de 1940, la Cour de Cassation casserait pareil jugement pour insuffisance de motifs.

Aussi, à notre avis, si la loi nouvelle accroît très sensiblement la responsabilité des administrateurs, elle n'excède cependant pas les règles du droit commun auxquelles elle renvoie, en l'absence de toute manifestation de volonté contraire clairement énoncée par le législateur.

Notons en terminant l'étude de ces dispositions de la loi du 18 septembre, que cette responsabilité nouvelle ne concerne que le Président du Conseil et les administrateurs et qu'elle ne s'étend pas au directeur général, sauf, évidemment s'il est en même temps Président du Conseil ou administrateur. Et l'on doit donc considérer que le directeur général n'est responsable aussi bien à l'égard des actionnaires que des tiers, que de ses fautes ou de ses imprudences et, cela va sans dire, dans la mesure de la corrélation de ces fautes avec le préjudice causé.

Examinons maintenant les modifications apportées sur tous ces points par la loi du 16 novembre 1940.

§ 2. - *La responsabilité des administrateurs
sous l'empire de la loi du 16 novembre 1940*

L'article 4 a été remanié assez profondément par la loi du 16 novembre. Voici quelle en est la rédaction nouvelle :

« Le Président du Conseil d'Administration de la Société est considéré comme commerçant pour l'application de la présente loi.

» En cas de faillite de la Société, le Président est soumis à la déchéance attachée par la loi à la faillite.

» Le Tribunal de Commerce peut toutefois l'en affranchir si le Président prouve que la faillite n'est pas imputable à des fautes graves commises dans la gestion de la Société.

» Dans le cas où conformément aux alinéas 5 et 6 de l'article 2, les fonctions de président ont été déléguées en tout ou partie à un administrateur, celui-ci encourt, dans la mesure des fonctions qui lui ont été déléguées les responsabilités définies par le présent article au lieu et place du Président.

» En outre, si la faillite de la liquidation judiciaire de la Société fait apparaître une insuffisance d'actif, le Tribunal de Commerce peut, à la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, soit par le Président, soit par les administrateurs membres du Comité, soit par les autres administrateurs ou par certains d'entre eux, avec ou sans solidarité.

» Pour dégager leur responsabilité, le Président et les

administrateurs impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié.

» Les dispositions de l'article précédent et du présent article ne sont pas applicables au Président et aux administrateurs de société dont les biens mis en commun ne sont pas destinés à produire des bénéfices, au Président et aux administrateurs de sociétés dont le mandat, en vertu des dispositions légales ou réglementaires, est exclusif de toute rémunération, au Président et aux administrateurs des sociétés d'études ou de recherches, tant que ces dernières ne passent pas au stade d'exploitation. »

Nous constatons d'abord et nous ne reviendrons pas sur cette question, que l'article 4 nouveau premier alinéa, reproduit avec une simple interversion de style qui ne présente pas d'intérêt, les dispositions de l'article 4 de la loi du 18 septembre premier alinéa. Le président est donc toujours considéré comme commerçant pour l'application de la loi. « Les mêmes hésitations sont permises sur la portée exacte de ce texte. Il semble donc que l'alinéa premier de l'article 4 doive être interprété comme suit : dans le cas de déclaration de faillite de la Société, le Président du Conseil d'Administration sera soumis aux déchéances attachées par la loi à la faillite. Remarquons simplement l'imperfection de la rédaction de ce texte qui, nous l'avons dit, s'il était interprété à la lettre, n'aurait rien moins, comme résultat, que de transformer automatiquement toutes les sociétés anonymes en commandites par actions. Le rédacteur de la deuxième brochure publiée par l'Association Nationale des Sociétés par Actions émet l'hypothèse suivante à

laquelle d'ailleurs il donne à juste titre une réponse négative : « Peut-être cependant la formule employée par la loi devrait-elle entraîner cette autre conséquence qu'au cas où le Président du Conseil d'Administration condamné par application de l'article 4, premier alinéa, au paiement du passif de la société faillie ne pourrait pas payer le montant de la condamnation, il devrait être mis personnellement en faillite. Mais les rédacteurs de l'article 4, premier alinéa, ont-ils prévu ce résultat de leur formule, et l'ont-ils réellement voulu ? Il est permis d'en douter. »

Quoi qu'il en soit nous constatons la même imperfection dans la rédaction de l'alinéa premier comme aussi le manque de précision de l'alinéa 2 : « En cas de faillite de la Société, le Président est soumis à la déchéance attachée par la loi à la faillite » qui peut aboutir à la renaissance de la théorie jurisprudentielle des faillites de fait. Il aurait suffi pour éviter toute confusion de préciser que ce serait seulement en cas de faillite *déclarée* de la Société et non dans le cas de simple cessation de ses paiements, sans jugement déclaratif du Tribunal de Commerce, que le Président serait susceptible d'encourir les déchéances de la faillite.

Ainsi, il ne faut pas attacher à ce texte de l'alinéa premier de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940, qui donne au Président la qualité de commerçant, une plus grande portée que celle précédemment donnée au même article de la loi du 18 septembre. Nous persistons donc à penser que, malgré ce texte, le Président ne doit pas être inscrit comme personnellement commerçant au registre du commerce, qu'il n'a pas à faire publier son contrat de mariage selon les formes de publicités spé-

ciales aux commerçants, n'est pas redevable de la patente, n'est pas personnellement assujetti à la tenue des livres, n'est pas justiciable des tribunaux de commerce, etc. La même question se pose sous l'empire de la loi du 16 novembre que celle que comportait également la loi du 18 septembre à savoir si, par suite de cette disposition légale, le Président ne sera pas tenu de dettes sociales comme l'est tout commerçant, des dettes qu'il a contractées pour les besoins de son commerce. Nous savons qu'il faut répondre négativement à cette question. Reste alors celle de savoir, ainsi que se le demandait à juste titre le rédacteur de la remarquable brochure de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, si le Président est passible de faillite.

Il ne semble pas que le Président du Conseil d'Administration puisse être déclaré en faillite, soit directement, soit même comme conséquence de la faillite de la Société. Pour qu'un individu, en effet, soit sujet à la faillite, il faut non seulement qu'il ait la qualité de commerçant, c'est-à-dire qu'il fasse habituellement en son nom des actes de commerce et cela pour son propre compte, mais encore qu'il ait cessé le paiement des dettes commerciales dont il est tenu. On rencontre la réunion de ces deux conditions en la personne de l'associé en nom collectif et du commandité qui sont l'un et l'autre, personnellement responsables du passif social et assimilés, par cela même, à des commerçants. La faillite de la Société dont ils font partie entraîne nécessairement, comme inéluctable conséquence, leur propre faillite. Le Président du Conseil d'Administration des Sociétés anonymes répond à l'une de ces conditions. Il doit, en effet, être considéré comme commerçant pour

l'application de la loi. Mais il ne remplit pas toujours la seconde car il n'a pas à faire face personnellement au paiement de l'excédent du passif sur l'actif social. Il est cependant un cas où cette obligation lui incombe : c'est celui d'une condamnation du Tribunal l'obligeant à ce paiement auquel il est alors tenu dans la limite même de la condamnation (article 4, alinéa 5 de la loi). « Par ailleurs, ainsi que l'exprime M. BOSVIEUX (1), si la faillite de la Société devait désormais entraîner automatiquement celle du Président du Conseil d'Administration, le législateur n'aurait pas manqué de le préciser d'une manière explicite ; or, il s'est borné à dire qu'au cas de faillite de la Société, le Président serait « soumis à la déchéance attachée par la loi à la faillite » ce qui implique bien que seules les déchéances de la faillite lui sont de plein droit applicables, bien qu'il n'ait pas la qualité de failli. »

Il résulte de cela, qu'en dehors de l'hypothèse prévue par l'article premier du décret-loi du 30 octobre 1935 qui dispose par voie d'addition à l'article 437 du Code du Commerce que la faillite d'une société peut être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait, dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres, on peut envisager un cas dans lequel le Président pourra être déclaré en état de faillite : le cas où ayant été condamné par le Tribunal de Commerce, dans les conditions prévues par la loi, à régler la totalité ou une partie du passif social auquel la Société n'a pu faire

(1) BOSVIEUX : *op. cit.*

face par la réalisation de son actif, le Président n'est pas en mesure de s'exécuter. Il réunit alors, en effet, nous semble-t-il, les deux conditions nécessaires et suffisantes pour qu'il y ait faillite : commerçant aux yeux de la loi, il est alors en état de cessation de paiements.

Ceci posé, il est à remarquer, encore que cette observation soit secondaire, qu'aux termes de l'article 4 de la loi de septembre, le Président, au cas de la faillite de la Société, était soumis « *aux déchéances* attachées par la loi à la faillite » tandis que la loi du 16 novembre ne le soumet de plein droit, toujours en cas de faillite de la Société qu'« *à la déchéance* attachée par la loi à la faillite ». En rapprochant ces textes doit-on en conclure qu'aux termes de la loi nouvelle le Président ne sera pas frappé de *toutes* les déchéances que la loi attache à la faillite. Il ne nous semble pas, car si une seule de ces déchéances devait être appliquée au Président, on se demande quelle elle serait et dans l'impressionnante série de ces déchéances que nous avons précédemment énumérées, on se trouverait fort embarrassé s'il fallait faire un choix. Aussi convient-il de lire le deuxième alinéa de l'article 2, comme s'il était rédigé « en cas de faillite de la société, le Président se trouve dans *l'état de déchéance* qu'entraîne la faillite ». Et la déchéance qui sera sans doute la plus préjudiciable à ses intérêts est celle qui lui interdit, par suite de la mise en faillite de la Société, de diriger, administrer ou gérer, à un titre quelconque, une société par actions ou à responsabilité limitée, ou une agence ou succursale de ces sociétés, ou encore d'exercer les fonctions de membre du conseil de surveillance ou de commissaire des

comptes dans les mêmes sociétés, d'engager la signature sociale (art. 6 du décret-loi du 8 août 1935).

Le texte de la loi nouvelle a d'ailleurs, sur un point tout au moins, nettement amélioré celui de la loi du 18 septembre. Tandis qu'en effet, d'après la loi du 18 septembre, en cas de faillite de la Société, le Président était obligatoirement soumis aux déchéances de la faillite, aux termes de l'article 4 de la loi du 16 novembre, troisième alinéa, « le Tribunal de commerce peut l'en affranchir si le Président prouve que la faillite n'est pas imputable à des fautes graves commises dans la gestion de la Société.

Que faut-il donc entendre par « fautes graves » ? Le seul article du Code civil où il soit fait mention de fautes graves est l'article 804 qui vise l'héritier bénéficiaire, et s'exprime ainsi : « Il (l'héritier bénéficiaire) n'est tenu que des fautes graves dans l'Administration dont il est chargé. » Et les commentateurs de ce texte estiment que, par faute grave, il faut entendre celle que *l'héritier bénéficiaire ne commettrait pas* dans la gestion de ses propres intérêts. Et cette opinion nous amène à distinguer la faute grave de la faute lourde, faute qui exige de celui qui la commet une négligence impardonnable que l'on assimile, dans la plupart des cas, au dol.

Mais il nous semble qu'il faut compléter ici la notion de faute grave tirée de l'article 804 du Code civil et nous estimons, avec M. Bosvieux (1) « qu'il ne suffirait pas, pour que le Président échappe aux déchéances de la faillite, que le Président d'un Conseil d'administra-

(1) BOSVIEUX : *op. cit.*

tion prouve qu'il n'a pas agi de mauvaise foi ou qu'il n'a pas commis une négligence telle qu'elle confine au dol ; il faut qu'il établisse que, d'une façon consciente ou même par négligence, il n'a pas, durant sa gestion, fait courir à la Société un risque qu'il aurait pu éviter s'il s'était agi de sa fortune personnelle. Il semble, en effet, impossible, bien qu'on le considère souvent comme une faute légère, de soutenir que la négligence ne met pas en jeu la responsabilité du Président du Conseil, du moins lorsqu'elle est d'une certaine gravité. C'est là une question de fait que les tribunaux apprécieront souverainement. Ainsi, ne pas surveiller du tout ses préposés ou les surveiller insuffisamment, alors qu'il sait pertinemment ne pas devoir leur accorder une confiance absolue, constitue une faute grave de la part du Président du Conseil. Il en serait autrement et la responsabilité de ce dernier devrait être dégagée, s'il prouvait qu'il a contrôlé normalement ses préposés, que rien ne lui permettait de suspecter. »

Quoi qu'il en soit, la situation du Président sera à coup sûr difficile. La preuve qu'il aura à fournir sera une preuve négative qui ne portera pas sur un point précis, mais sur la gestion continue et, de plus, le caractère de la faute et sa détermination relèvera de l'appréciation plus ou moins arbitraire et subjective du tribunal. Ainsi, malgré l'atténuation sensible apportée par la loi du 16 novembre aux dispositions de l'article 4 de la loi du 18 septembre 1940, « est-il à craindre, comme l'exprime M^e René Gain, qu'à l'époque actuelle, en présence de l'ébranlement des entreprises et de l'incertitude du lendemain, cette réforme brutale des principes de notre droit ait pour résultat immédiat d'écarter de

l'administration des sociétés les esprits compétents, consciencieux et réfléchis » (1) et que le danger auquel ils sont exposés « n'aboutisse à écarter de la présidence des sociétés anonymes les hommes les plus qualifiés et les plus intègres en les amenant à démissionner et surtout en les détournant d'accepter de nouvelles présidences, en particulier lorsqu'il s'agit de renflouer une société qui périclite » (2).

Complétons l'étude de ces deux premiers paragraphes de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 par les quelques observations suivantes :

Les dispositions de l'article 4, alinéa 2 et 3, doivent être, à notre avis, entendus restrictivement. Il en résulte donc que, lorsqu'une société obtient un règlement amiable homologué, le Président ne peut encourir aucune déchéance. Il nous semble que d'après l'article 4 de la loi ne visant que le Président du Conseil d'administration et l'administrateur qu'il ne serait ou qui lui aurait été substitué par application des deux derniers aliéas de l'article 2 de la loi, il n'y a pas lieu, en cas de faillite de la Société, d'étendre les déchéances au Directeur général mis à ses lieux et places par le Président.

Il apparaît, de plus, que les déchéances applicables au Président du Conseil présupposent, nous l'avons vu, une déclaration de faillite postérieure à la date de la promulgation de la loi. Y a-t-il donc lieu de distinguer, suivant que la cessation de ses paiements par la Société existait ou n'existait pas avant cette date ou suivant que le Président du Conseil d'administration exerçait

(1) René GAIN : Le régime nouveau de l'administration des sociétés anonymes.

(2) Brochure de l'A.N.S.A., page 25.

ou n'exerçait pas ses fonctions avant cette date ? Serait-ce aller manifestement à l'encontre de l'esprit de la loi et des vœux du législateur que de déclarer la loi applicable à des administrateurs déjà en fonctions au moment de sa promulgation ou d'exiger que la cessation des paiements de la société soit postérieure à cette promulgation ?

La question, en général, se posera de la façon suivante : Une société, au cours de ces dernières années, a fait de mauvaises affaires. Depuis un certain temps, elle n'a plus guère d'activité commerciale. Elle est, en raison de poursuites engagées contre elle par certains de ses créanciers, dans l'obligation de déposer son bilan postérieurement au 16 novembre 1940. Pourra-t-on faire jouer, à l'égard de son Conseil d'administration, les règles nouvelles de responsabilité qu'entraîne à coup sûr l'application de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 ? Et les déchéances de cet article doivent-elles astreindre le Président ?

Il nous semble que cette question, encore que la controverse puisse se soutenir, doit comporter une solution négative.

En effet, en l'absence de toute disposition contraire, la loi, en vertu du principe posé par l'article 2 du Code civil, ne doit avoir aucun effet rétroactif. Or, examiner la responsabilité d'un Président de Conseil d'administration ou d'administrateurs de sociétés anonymes en se plaçant sous l'angle des principes nouveaux qui n'existaient pas au moment où les actes reprochables ont été accomplis, serait, à coup sûr, faire rétroagir la loi. Ainsi que l'exprime, à propos de la loi du 18 septembre, un commentateur (et ces observations restent vraies

pour la loi du 16 novembre 1940) : « Au moment où la loi du 18 septembre 1940 a été promulguée, la gestion du Président et des administrateurs était, par hypothèse, *un fait définitivement réalisé* ; les conséquences juridiques de cette gestion ne sauraient donc être déterminées selon les principes posés par les dispositions nouvelles. Et ni en droit, ni en équité, il n'est possible d'admettre que ces sanctions nouvelles puissent atteindre des administrateurs qui ont accepté un mandat alors que le statut de la responsabilité comportait certaines règles parfaitement définies par la jurisprudence et qui auraient peut-être résigné ce mandat s'ils avaient pu craindre d'encourir les responsabilités aggravées que la loi du 18 septembre 1940 a cru devoir mettre à leur charge. »

Et de même, il semble que le Président désigné antérieurement à la promulgation de la loi ne pourra encourir les déchéances attachées à la faillite quand cette faillite prononcée postérieurement à cette promulgation est la conséquence d'une situation qui existait auparavant. Il faut, ici encore, appliquer le principe de la non-rétroactivité des lois pénales qui veut qu'un individu ne puisse être exposé à être frappé d'une peine pour un fait qui ne constituait pas, au moment où il l'a commis, une infraction à la loi pénale, ou encore qu'un individu ayant commis un fait punissable soit frappé, pour cette infraction, d'une peine plus forte que celle qu'il aurait dû encourir aux termes de la législation en vigueur au moment où il a commis l'infraction. Ce ne serait que dans le cas où la loi nouvelle serait plus douce que l'ancienne qu'elle pourrait rétroagir. « On ne peut donc admettre que la sanction nouvelle et parti-

culièrement grave que la loi nouvelle édicte atteigne automatiquement, en cas de défaillance de la Société, un Président à qui l'on ne saurait reprocher de n'avoir pas tenu compte des menaces que faisaient peser sur une mauvaise gestion les dispositions nouvelles, puisqu'au moment où il exerçait ses fonctions, ces dispositions n'existaient même pas à l'état de projet... Et c'est donc seulement en tant qu'il se serait rendu coupable de l'une des infractions prévues et réprimées par le décret du 8 août 1935, articles 2 et 4, que le Président, en tant qu'administrateur, pourrait, conformément aux dispositions de l'article 5 de ce décret, encourir les déchéances qui frappent le commerçant failli. » (1).

Il est enfin à remarquer que les déchéances qui atteignent le Président peuvent, suivant le droit commun, être effacées, en partie, par l'effet du concordat obtenu par la Société, par la réhabilitation légale ou judiciaire de celui qui en est frappé ou par l'amnistie. Ce que l'on peut simplement se demander à juste titre, c'est si ces déchéances doivent être encourues par le président français ou étranger d'une Société étrangère ayant un établissement en France. Deux cas doivent alors être envisagés : 1° La faillite a été prononcée par un jugement rendu à l'étranger et qui a reçu l'exequatur en France : il semble qu'alors le syndic puisse faire jouer l'article 4 de la loi et faire prononcer les déchéances que la loi française attache à l'état de faillite. Le Président pourra donc être condamné au paiement des dettes sociales, si l'actif de la Société est insuffisant pour y faire face. 2° La faillite a été déclarée en France et

(1) Jean MICHEL : *op. cit.*

le Président est de nationalité française ; il va sans dire qu'il encourt alors de plein droit les déchéances de la faillite et que sa responsabilité pourra être mise en jeu selon les termes de l'article 4. Et la même solution nous semble devoir être adoptée si le Président est de nationalité étrangère, car les règles de la faillite et les peines accessoires que la loi y attache sont d'ordre public et conservent donc un caractère strictement territorial.

Voici donc exposées les quelques modifications apportées par le texte nouveau aux conséquences qui s'attachaient à la qualité de commerçant dont la loi revêt le Président Directeur général des sociétés anonymes. Examinons maintenant en quoi la loi du 16 novembre 1940 modifie les règles qui déterminaient sa responsabilité civile.

Nous savons qu'antérieurement aux deux lois nouvelles, la responsabilité encourue par les administrateurs à l'égard des tiers et de la Société était fondée sur les deux principes posés par les articles 32 et 44 du Code de Commerce. De plus, sous l'empire de l'article 437 nouveau du Code de Commerce, tel que l'avait complété le décret-loi du 8 août 1935, une modification importante avait été apportée aux principes posés par les deux textes susvisés : on reconnaissait, en effet, à la lumière de ce texte, que dans le cas où la faillite de la Société venait à être étendue à un des administrateurs par suite de ses agissements, celui-ci devait être considéré, de plein droit, comme débiteur du passif social, dans la mesure où ce passif résultait des actes par lui accomplis dans son intérêt personnel sous le couvert de la Société.

Aggravant les dispositions de la loi du 18 septembre

1940, l'article 4 de la loi nouvelle étend, non seulement dans le cas où la Société a été mise en faillite, mais aussi dans celui où elle a été admise au bénéfice de la liquidation judiciaire, la responsabilité du Président du Conseil d'administration, que celui-ci exerce ou non les fonctions de Directeur général. Cet article, alinéas 5 et 6, dispose que : « si la faillite ou la liquidation judiciaire de la Société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal de commerce peut, à la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, soit par le Président, soit par les administrateurs ou par certains d'entre eux, avec ou sans solidarité » ; et « pour dégager leur responsabilité, le Président et les administrateurs impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales, toute l'autorité et la diligence d'un mandataire salarié. »

Cet article reproduit donc, en l'améliorant sur certains points, l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi du 18 septembre 1940.

On se demande, tout d'abord, pourquoi le législateur s'est complu à maintenir la terminologie défectueuse qu'il avait employée dans la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi précédente et à persister à parler d'« insuffisance d'actif », alors qu'il aurait pu simplement, pour éviter toute confusion, dire : « si l'actif de la faillite ou de la liquidation judiciaire est insuffisant pour couvrir tout ce passif social... »

De plus, il est heureux que le texte donne cette fois-ci compétence pour statuer sur l'action en paiement du découvert dirigée contre le Président ou les adminis-

trateurs, non plus au tribunal civil, mais au tribunal de commerce.

Ceci dit, examinons ce texte de plus près.

Il est à noter tout d'abord qu'il ne vise que les deux hypothèses où la Société a été déclarée en faillite ou mise en état de liquidation judiciaire. Il en résulte donc que tant que la Société est « *in bonis* », la responsabilité du Président du Conseil d'administration ne peut se trouver engagée que dans les termes de l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867, qui continue à demeurer en vigueur. Ainsi, selon la doctrine adoptée en cette matière par la majorité des auteurs et selon la jurisprudence, le Président ne sera pas responsable s'il n'a fait qu'exécuter les décisions prises par le Conseil dans la limite des pouvoirs à lui réservés, en admettant même que par son vote il ait participé à l'adoption de ces décisions qui n'en gardent pas moins un caractère collectif.

La disposition nouvelle s'appliquera dans tous les cas où la faillite, ou la liquidation judiciaire relèveront une insuffisance d'actif, dans tous les cas où l'actif social ne permettra pas de désintéresser les créanciers sociaux intégralement.

De plus, point de vue particulièrement important, le cinquième alinéa de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 présente un caractère purement facultatif. Aux termes de ce texte, en effet, le tribunal de commerce *peut* décider que la responsabilité pécuniaire du Président — ou de ses collègues — sera mise en jeu, dans une limite qu'il a le pouvoir souverain de déterminer. La loi laisse donc aux juges un large pouvoir d'appréciation ; c'est ainsi qu'ils pourront fort bien ne pas con-

damner le Président du Conseil d'administration à tout ou partie de l'excédent du passif sur l'actif, qu'ils pourront, au contraire, faire peser la totalité de la condamnation sur le Président ou même l'en exonérer, ou enfin en répartir le montant entre lui et les autres membres du Conseil d'administration, avec ou sans solidarité.

La loi — ce que ne faisait pas la loi de septembre 1940 — permet au Président et aux autres administrateurs mis en cause, de dégager leur responsabilité en prouvant qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié. Il est à remarquer que la défense du Président ne sera guère facile ; il éprouvera de grandes difficultés à se défendre contre l'action intentée contre lui par le syndic ou le liquidateur judiciaire, en prouvant qu'il n'a commis dans sa gestion aucune faute susceptible d'engager la responsabilité du mandataire salarié. D'ailleurs, il n'y a pas unité de doctrine sur le caractère de la responsabilité du mandataire salarié qui repose sur l'interprétation de l'article 1992 du Code civil. Cet article paraît, en effet, poser le principe que la responsabilité du mandataire, en raison de ses fautes, est moins rigoureusement appliquée à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire pour l'exécution de son mandat. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence en avait déduit que le mandataire salarié, comme le mandataire non rémunéré, répond des fautes que ne commettrait pas un bon père de famille. Seulement, ces fautes devraient être plus ou moins rigoureusement appréciées selon qu'il s'agit d'un mandataire salarié ou non. D'autres auteurs, au contraire,

considèrent que le mandataire salarié est tenu de ses fautes, même légères, et notamment de sa négligence et de son imprudence, tandis qu'au contraire le mandataire non salarié ne répondrait que de son dol et de sa faute lourde.

Quoi qu'il en soit, il apparaît bien que l'article 4 de la loi du 16 novembre ne laisse plus subsister de doute sur le point de savoir si la base juridique de la responsabilité du Président du Conseil d'administration et de ses collègues doit être cherchée dans la notion de risque ou dans celle, conforme au Code civil, de faute.

Le texte nouveau fait, en effet, clairement reposer cette responsabilité sur une présomption légale de faute, à la charge du Président ou des administrateurs.

« Bien que cette présomption légale de faute soit peu
« conforme aux traditions du droit privé et s'apparente
« au droit fiscal, des considérations de fait et d'équité
« l'expliquent et, du point de vue législatif, elle peut
« se justifier sous la réserve qu'elle ne soit pas irré-
« frayable et comporte la preuve contraire. C'est, du
reste, ce que décide expressément l'article 4, sixième
« alinéa. » (1).

Il faut d'ailleurs noter que cette présomption de faute avec possibilité légale de preuve contraire, ne pèse sur le Président et sur les Administrateurs que dans leurs rapports avec les créanciers sociaux et non point dans leurs rapports avec les actionnaires. Pour que ceux-ci puissent obtenir le montant de leurs actions devenues sans valeur par suite de la faillite sociale, ils devront prouver l'existence d'une faute à la charge du Prési-

(1) A.N.S.A., page 32.

dent ou des administrateurs et établir qu'il existe un rapport de cause à effet entre la faute commise par ces derniers et le préjudice subi. Cette action pourra d'ailleurs, dans les mêmes conditions, être intentée par le syndic, du chef des actionnaires.

Une question se pose en outre. Si le Président du Conseil peut être appelé, sur la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire, et en vertu d'une condamnation prononcée directement contre lui, à supporter tout ou partie de l'excédent du passif sur l'actif social, il n'en est pas moins vrai qu'il ne peut être tenu qu'en cas d'insuffisance d'actif. A cet égard, on peut se demander si, pour intenter les poursuites, le syndic et le liquidateur judiciaire ne sont pas obligés d'attendre la réalisation des différents éléments de l'actif social ou s'ils peuvent s'en tenir, pour établir l'insuffisance de l'actif, aux chiffres portés au bilan, lesquels sont souvent inférieurs à la réalité et traduisent plutôt la valeur d'utilisation des biens sociaux que leur valeur de liquidation. En principe, la preuve de l'insuffisance ne pourra être établie que par la réalisation de cet actif consécutive à l'union. Toutefois, lorsque la disproportion entre le passif, d'une part, et d'autre part l'actif constaté par l'inventaire et par les comptes qu'a dressés le syndic ou le liquidateur judiciaire, est considérable, on peut admettre que ces derniers ont le droit, avant clôture de la phase préparatoire de la faillite ou de la liquidation judiciaire, de demander par voie d'assignation devant le tribunal de commerce, la condamnation du Président (et éventuellement des autres administrateurs), au paiement d'une somme qui, de manière certaine, sera bien inférieure au montant de l'insuffi-

sance de l'actif pour régler le passif. Il est peu vraisemblable, en effet, que le législateur n'ait entendu permettre qu'en cas d'union l'exercice de l'action en paiement des dettes sociales réservée au représentant de la masse des créanciers. « Au surplus, comme le fait justement remarquer M. Bosvieux, il y a intérêt à ce que le syndic ou le liquidateur judiciaire puisse agir dès que l'insuffisance de l'actif a été nettement établie, soit pour éviter, grâce aux fonds fournis par le Président (et, éventuellement par les autres administrations) la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif, soit pour arriver, le plus tôt possible, à une transaction qui, bien souvent, sera l'une des conditions du concordat. »

Il est, de plus, à remarquer que la loi nouvelle, parmi les personnalités qu'elle estime devoir être tenues au paiement de tout ou partie des dettes sociales, mentionne spécialement les administrateurs membres du comité consultatif désigné par le Président. Mais on peut aisément imaginer que cette responsabilité jouera rarement, puisque, par leur statut même, ces membres du comité consultatif sont écartés de la direction proprement dite de la Société et que leur activité se borne à étudier les questions que veut bien soumettre à leur examen le Président. Il est à remarquer l'illogisme de la loi qui fait peser une responsabilité sur les seuls membres du comité qui sont administrateurs et, en exemple, les simples directeurs.

La loi se préoccupe également de l'administrateur à qui le Président ou le Conseil a sub-délégué la direction générale ; et, à ce propos, l'alinéa 4 de l'article 4 de la loi du 16 novembre décide que l'administrateur « encourt, dans la mesure des fonctions qui lui ont été

déléguées, les responsabilités définies dans l'article 4, aux lieu et place du Président ». Ce texte veut-il dire seulement que l'administrateur en question encourt la responsabilité civile du Président ou entend-il appliquer également à l'administrateur sub-délégué les déchéances de la faillite ? Il semble qu'il faille répondre négativement à cette question, encore que la place qu'occupe cet alinéa, à la suite des dispositions qui concernent les déchéances encourues par le Président et avant celles concernant les responsabilités purement civiles, devrait conduire à une interprétation contraire. Mais, ainsi que le fait justement observer l'un des commentateurs de la loi du 16 novembre 1940 : « Dans le langage technique, le mot « responsabilité » n'englobe certainement pas les déchéances et il semble, dès lors, que l'interprétation restrictive du texte devrait conduire à décider que l'intéressé n'encourra pas les déchéances de la faillite, même si ses fautes graves de gestion ont entraîné la défaillance de l'entreprise. »

Il nous reste, enfin, pour terminer ce chapitre, à examiner les exceptions apportées par la loi du 16 novembre 1940 aux règles par elle édictées dans ses articles 3 et 4.

Le septième et dernier alinéa de l'article 4 s'exprime ainsi : « Les dispositions de l'article précédent et du présent article ne sont pas applicables au Président et aux administrateurs de Sociétés dont les biens mis en commun ne sont pas destinés à produire des bénéfices, au Président et aux administrateurs de Sociétés dont le mandat, en vertu des dispositions légales ou réglementaires, est exclusif de toute rémunération, au Président et aux administrateurs des sociétés d'études ou de re-

cherches, tant que ces dernières ne passent pas au stade de l'exploitation. »

La rédaction de cet article est des plus sujettes à caution. Comment, en effet, appeler « des groupements dont les biens ne sont pas destinés à produire des bénéfices » des sociétés, alors qu'aux termes de l'article 1832 du Code civil, « la Société est un contrat par lequel deux « ou plusieurs personnes conviennent de mettre quel-
« que chose en commun dans la vue de partager le
« bénéfice qui pourra en résulter » ?

Sous sa rédaction défectueuse, le sens de ce paragraphe apparaît néanmoins, et il est bien évident que les rédacteurs de ce texte ont entendu viser les groupements qui, bien que prévoyant la rémunération du capital au moyen des bénéfices, condition *sine qua non* de l'existence d'une société, limitent cette rémunération à un chiffre maximum assez faible. On peut noter comme s'apparentant à de pareils groupements, les groupements agréés d'importation qui se sont constitués sous la forme de sociétés anonymes ou encore les sociétés coopératives de consommation, régies par les lois du 7 mai 1917 qui doivent limiter la rémunération de leur capital à un maximum de 6 % « prélevé sur les bénéfices ».

D'autre part, ainsi que le fait remarquer le rédacteur de la deuxième brochure édictée par l'Association Nationale des Sociétés par actions, si l'on prenait à la lettre le texte de cette première exception qui concerne « les Présidents et les administrateurs des Sociétés dont les biens mis en commun ne sont pas destinés à produire des bénéfices », il semblerait que les articles 3 et 4 de la loi ne seraient pas applicables aux Présidents et

aux administrateurs qui remplissent cette condition et qu'en particulier il suffit d'être administrateur d'une Société de ce genre — une société de bienfaisance par exemple — car la loi ne précise même pas qu'il s'agit d'une société anonyme, pour pouvoir exercer plus de deux présidences ou avoir le droit de faire partie de plus de 8 conseils d'administration. La loi porte, en effet, que les articles 3 et 4 « ne sont pas applicables aux Présidents et aux administrateurs, etc... ». Mais il est évident que ses auteurs ont voulu limiter l'exception aux seuls mandats accomplis dans des sociétés remplissant l'une des trois conditions énumérées.

Les dispositions des articles 3 et 4 sont également inapplicables, d'après l'alinéa 7 de l'article 4, « aux Présidents et aux administrateurs de Société dont le mandat, en vertu des dispositions légales ou réglementaires, est exclusif de toute rémunération ». Il existe, en effet, quelques Sociétés de types ou objets spéciaux où les mandats des Présidents et des administrateurs sont gratuits. Pour la plupart, ces sociétés sont constituées sous les auspices des administrations publiques.

Cependant, ainsi que le fait remarquer avec pertinence le rédacteur de l'Association Nationale des Sociétés par actions, « le texte paraît bien exclure les administrateurs dont la gratuité du mandat résulte simplement de *clauses statutaires* et non pas de « dispositions légales ou réglementaires ». Mais, si — comme il arrive parfois — les statuts d'où résulte la gratuité du mandat d'administrateur étaient soumis à l'homologation administrative, et qu'il fut précisé, en outre, dans cette homologation, que les statuts ne peuvent être modifiés sans l'autorisation de l'Administration, ces statuts

prendraient, dans une certaine mesure, un caractère réglementaire ; et il semble que l'on puisse admettre alors que la disposition de faveur du septième alinéa de l'article 4 s'applique.

Enfin, le texte s'applique sans aucun doute possible « au Président et aux administrateurs des sociétés d'études ou de recherches, tant que ces dernières ne passent pas au stade de l'exploitation ». Cette dernière exception est pleinement justifiée, car dans de telles sociétés, les risques sont, en temps normal, beaucoup plus grands que dans toutes les autres. La question à résoudre ici sera de pur fait.

Aux termes de cette longue étude sur la responsabilité nouvelle du Président Directeur général et sur les sanctions d'une gravité sans précédent qu'il peut encourir du fait de sa gestion, on peut se demander si le législateur n'a pas outrepassé la mesure et s'il n'est pas à craindre que l'activité et le goût du risque d'hommes honnêtes et de talent ne soient paralysés par la peur des responsabilités formidables que la loi fait peser sur leurs épaules. Et il nous semble qu'en une période comme celle que nous traversons, où tout devrait être mis en œuvre pour stimuler l'activité économique du pays, la loi nouvelle ne peut avoir qu'un résultat purement négatif.

CHAPITRE V

DE LA CESSATION DES FONCTIONS

DE PRESIDENT-DIRECTEUR GENERAL

Les fonctions du Président Directeur général prendront normalement fin au moment de l'expiration du mandat qui lui a été conféré. Ce mandat pourra être, évidemment, d'une durée variable sans toutefois pouvoir excéder six ans, durée maxima pendant laquelle peuvent être exercées les fonctions d'administrateur. Seule la mort du Président Directeur général pourrait abréger la durée statutaire de ce mandat.

Mais ces fonctions pourront aussi cesser en cas de démission de sa part du fauteuil de Président. On doit, en effet, admettre que du moment qu'il ne remplit plus, pour raison de démission, les fonctions de Président du Conseil d'administration, un administrateur ne peut, en cette qualité, conserver les fonctions de Directeur général qui sont intimement liées à celle du Président.

On peut également se demander si le Président qui, avant les lois nouvelles des 18 septembre et 16 novembre 1940, était libre de renoncer à son mandat à tout moment, peut encore, sous le régime des lois nouvelles, user de ces mêmes facultés.

La question se pose depuis que les fonctions de Président se doublent automatiquement de celles de Direc-

teur général. Aux termes de l'article 2007 du Code civil, « le mandataire peut renoncer à son mandat, en notifiant du mandant sa renonciation. Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. » On peut donc estimer que si la démission du Président n'était pas justifiée mais intempestive et inopportune et par suite susceptible de causer un préjudice à la Société, cette démission pourrait donner lieu à des dommages-intérêts. Il y aurait là une question de fait à résoudre par les tribunaux.

Il est à remarquer que le rôle des tribunaux, tant dans l'appréciation des causes qui ont motivé la démission du Président Directeur général que dans celles qui sont à la base des révocations qui sont susceptibles de frapper le Président Directeur général, a tendance à devenir de plus en plus important à mesure que le concept de l'abus du droit tend à s'introduire en ces matières.

Les fonctions du Président du Conseil Directeur général doivent — cela va de soi — cesser par l'effet de sa révocation. Le Conseil peut, tout d'abord, lui retirer son mandat : cette faculté que possède le Conseil, il peut, en principe, en user absolument librement. D'un autre côté, l'assemblée générale des actionnaires conserve, à l'encontre du Président, qui est alors considéré quant à sa qualité d'administrateur, son droit de révocation *ad nutum*. Dans les deux cas, les fonctions de Directeur général doivent changer de titulaire. Elles sont, nous l'avons vu, attachées à celles de Président

qui tombent dans le cas de la révocation du Conseil, ou à celles d'administrateurs que frappe la décision de l'assemblée générale des actionnaires.

Toutefois, il apparaît que rien ne peut empêcher le Conseil d'administration, lorsque le Président n'assume pas les fonctions de Directeur général, de le nommer pour une durée de trois ans, en spécifiant que, pendant ce laps de temps, *le Conseil se dessaisit de son droit de révocation*. L'article 25 (alinéa 3) de la loi du 24 juillet 1867, que l'on ne saurait considérer en aucune de ses dispositions comme abrogé, énonce, en effet, que les administrateurs « peuvent être désignés par les statuts, avec stipulation formelle que leur nomination ne sera point soumise à l'approbation de l'assemblée générale. En ce cas, ils ne peuvent être nommés pour plus de trois ans ».

Ainsi, dans la mesure où la révocabilité du Président dépend de lui, on doit reconnaître au Conseil le droit de maintenir son Président à son fauteuil durant trois ans. Et le lien qui paraissait étroitement unir, sur le point que nous étudions, les fonctions de Président à celle de Directeur général se trouve, de ce fait, singulièrement relâché.

Il ne faut pas, d'un autre côté, considérer que le droit de révocation que possède l'assemblée générale des actionnaires est un droit d'un caractère absolu. Il doit, comme tout droit, nous semble-t-il, être tempéré par le concept de l'abus du droit. Et ce concept permettra d'annuler les délibérations des assemblées générales régulières en la forme, mais qui sacrifient frauduleusement certains droits et notamment ceux des adminis-

trateurs et ceux, désormais, du Président Directeur général.

Certes, nous n'ignorons pas que le droit de révocation des administrateurs par les assemblées générales d'actionnaires a été peu à peu conçu, par les tribunaux, comme présentant un caractère d'ordre public. Et c'est ainsi que les clauses des statuts qui avaient subordonné l'exercice du droit de révocation à des conditions déterminées ont été frappées de nullité. On a notamment interdit aux fondateurs d'une société de prendre valablement l'engagement de maintenir un administrateur dans ses fonctions pendant un certain temps. Il semble, d'ailleurs, qu'une telle interdiction contraste singulièrement avec l'interprétation habituelle donnée au texte de l'article 2001 qui n'interdit nullement au mandant de fixer la durée pendant laquelle il entend consentir son mandat. Et, dans un contrat de mandat, il a toujours été licite de limiter la révocation du mandataire à des cas particuliers et limitativement énumérés dans le contrat.

Mais la jurisprudence considère que l'assemblée générale jouit d'un pouvoir souverain en matière de révocation et dans bien des cas, les tribunaux se sont refusés à exercer un contrôle sur les décisions prises par l'assemblée.

La revue des solutions jurisprudentielles conduit, semble-t-il, à ranger le droit de révocation dans la catégorie de plus en plus réduite pourtant, des droits dits *absolus*. S'il en était ainsi, il pourrait sembler que la pénétration du concept de l'abus du droit dans ce domaine s'avérerait irréalisable et les tribunaux ne seront jamais fondés à se prononcer sur la légitimité d'une mesure de révocation qui peut être exercée au gré de la

volonté des assemblées. Le rôle des tribunaux consisterait donc exclusivement à examiner si l'assemblée a effectivement manifesté sa volonté de rompre avec l'administrateur révoqué dans les conditions de forme requises par la tenue régulière des assemblées.

Et si, comme nous l'allons voir, la jurisprudence de ces dernières années n'est pas aussi ferme que celle dont nous venons de parler, il n'en est pas moins vrai que la doctrine affirme généralement que l'absolutisme du droit de révocation est de l'essence même de la Société anonyme.

La jurisprudence de ces dernières années s'oriente, en effet, vers une conception beaucoup plus morale du droit de révocation et nous allons constater que la révocation a été entourée de toute une série de limites objectives qui l'entourent désormais, soit dans sa préparation, soit dans son exercice, soit dans son exécution.

Sa *préparation* n'est plus laissée à l'entière discrétion des administrateurs et c'est ainsi que la jurisprudence décide que si l'ordre du jour de l'assemblée générale mentionne la demande de révocation d'un administrateur, il doit le faire en termes exprès. Il ne faut pas qu'il puisse y avoir le moindre doute sur cette partie de l'ordre du jour et aucune ambiguïté de terminologie n'est tolérée.

Il en est de même de *l'exercice* du droit de révocation et les limitations jurisprudentielles apparaissent ici plus nettes encore. C'est ainsi que, dans certains cas, si la révocation et le remplacement peuvent être décidés sans avoir été portés à l'ordre du jour de l'assemblée, il ne peut, cependant, en être ainsi qu'autant que ces mesures ont été rendues nécessaires par des inci-

dents imprévus survenus au cours de la délibération et requérant une solution urgente. La jurisprudence a élaboré toute une théorie dite de « l'incident de séance » qui limite dans des bornes étroites, le droit de révocation de l'assemblée au cas où l'ordre du jour ne fait pas mention qu'il sera délibéré sur ce point. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Cassation du 11 mars 1936 décide que, pour que la révocation sur incident de séance soit considérée comme valable, il est nécessaire que l'« assemblée ait été mise en mesure de se prononcer en entière connaissance de cause ».

Enfin, l'*exécution* même de la révocation offre une prise sérieuse à la responsabilité de la Société et la publicité de la révocation en fournit un exemple frappant. Pour avertir les tiers que l'administrateur congédié n'a plus qualité pour représenter la Société, il est fréquent de voir la Société annoncer par la voie de la presse ou par des circulaires adressées aux clients le départ de l'administrateur congédié. Or, il se peut que le discrédit soit jeté sur l'administrateur congédié si les motifs de sa révocation ne sont pas explicitement précisés dans les documents publiés par la Société et destinés à avertir les tiers. Et pour éviter que le discrédit ne soit ainsi jeté sur un administrateur honnête, la jurisprudence s'est peu à peu reconnu, en cette matière, un droit de regard.

Il est sans doute exact de dire qu'en toutes ces matières, les tribunaux ne se sont pas encore arrogé un véritable pouvoir de contrôle subjectif. C'est ainsi qu'ils ne recherchent pas, dans les nombreuses décisions qu'ils ont rendues en ces matières, à déterminer si la révocation était légitime et conforme aux intérêts bien

compris de la Société. Mais il ressort néanmoins de l'ensemble des décisions judiciaires que l'assemblée n'est plus omnipotente. Son arbitraire a été arrêté en bien des points par un contrôle, objectif il est vrai, des tribunaux, qui porte sur l'ordre du jour, sur l'incident de séance, sur la liberté de défense des administrateurs et la liberté de décision des actionnaires. Et l'on peut dorénavant constater que si des fautes peuvent être commises dans l'exercice de ce droit qualifié jadis d'absolu, elles pourront donner lieu à une réparation qui prendra, soit la forme d'une réparation en nature par l'annulation de la décision préjudiciable, soit celle d'une réparation par équivalent, si les tribunaux condamnent la Société à des dommages-intérêts.

Et d'ailleurs l'admission pleine et entière sans détour du concept de l'abus du droit dans le domaine de la révocation des administrateurs est commandée par la logique elle-même. La jurisprudence, nous l'avons constaté, s'est attribué un droit de regard certain sur les décisions des assemblées générales. Il est, en effet, absolument inadmissible qu'un administrateur puisse être chassé d'une Société simplement pour donner satisfaction à un désir de vengeance et afin de permettre à une assemblée générale qui, dans bien des cas, ne comprendra que les administrateurs, d'attribuer la place rendue vacante à un homme qui, par exemple, sans se soucier de l'avenir de l'entreprise, aurait pris l'engagement de distribuer aux actionnaires des avantages immédiats. Il n'est pas douteux que le motif illégitime qui sert de fondement à de telles révocations ne peut que les faire considérer que comme un mal.

Et nous noterons, pour terminer cet exposé des limites

qui, malgré le silence de la loi et une doctrine assez hostile, sont apportées par la jurisprudence au droit de révocation du Président, par le Conseil d'administration, sous réserve des dispositions de l'article 25 de la loi du 24 juillet 1867 précité, et de l'administrateur par l'assemblée générale des actionnaires que divers expédients ont été de longue date utilisés en France pour parer à la fragilité des fonctions d'administrateurs. C'est ainsi qu'on annexe fréquemment au mandat d'administrateur un contrat de direction technique qui ne peut être rompu unilatéralement sans indemnité. Actes juridiquement indépendants, les deux contrats, en fait, sont réunis par des liens étroits entre eux, et la Société en arrive à hésiter à mettre fin intempestivement au contrat de mandat à cause des répercussions que cela peut avoir sur le contrat de travail.

Nous ne pouvons pas résoudre la question de savoir si de tels contrats sont toujours possibles d'après la loi nouvelle car, si les fonctions de Directeur général sont étroitement liées à celles de Président, nous ne pouvons pas affirmer avec certitude qu'un directeur technique puisse être nommé parmi les administrateurs. Mais comme il semble que la possibilité pour le Directeur général Président de s'entourer de directeurs techniques et commerciaux qui ne sont pas des administrateurs, existe toujours, on peut fort bien admettre que ce palliatif à la fragilité des fonctions de Président Directeur général soit valable. Par le jeu de ce double contrat, le Président révoqué en tant que Président et administrateur, garderait la direction technique de l'affaire. Il est cependant à craindre que de tels contrats soient annulés par les tribunaux, la direction générale étant confiée

au Président de plein droit et en l'absence et sans la nécessité d'un contrat.

Notons encore que, pour diminuer l'instabilité de l'administrateur, la jurisprudence a été jusqu'à valider, contrairement à la conception traditionnelle, l'engagement pris par des tiers au moment de la constitution de la Société, de verser à l'administrateur une indemnité, s'il était privé de ses fonctions avant l'expiration d'un certain laps de temps, quand bien même ces tiers étaient, par la suite, devenus actionnaires de la Société (Cour de Paris, 9 mai 1933).

Et ainsi que le fait justement remarquer l'un des commentateurs de la loi nouvelle (1), « la possibilité pour le Conseil ou pour l'assemblée générale d'user librement de leur droit de révocation, qui est de l'essence du mandat, contribuera à rendre peu enviable la situation du Président Directeur général et il eut été préférable, croyons-nous, de subordonner l'exercice de ce droit à l'existence des motifs graves et légitimes, comme le fait la loi du 7 mars 1925 (article premier), en ce qui concerne le gérant d'une société à responsabilité limitée et la loi allemande en ce qui concerne les membres du *Vorstand*. Il est à souhaiter que la jurisprudence, tenant compte du rôle joué par le Président du Conseil Directeur général et de la lourde responsabilité qu'il peut encourir, s'oriente vers un contrôle de la légitimité des motifs de sa révocation, tant par le Conseil d'administration que par l'assemblée générale, en faisant appel à la notion de détournement de pouvoirs qui est une variété de l'abus du droit ».

(1) BOSVIEUX : *op. cit.*

En dehors des cas de cessation de fonctions résultant, dans les limites ci-dessus définies, d'une décision du Conseil d'administration ou de l'assemblée générale des actionnaires, il est évident que l'interdiction de gérer résultant d'une condamnation pénale encourue pour l'un des crimes ou délits prévus par l'article 6 du décret-loi du 8 août 1935 mettant fin de plein droit à son mandat d'administrateur ne permettrait plus au Président du Conseil de conserver ses fonctions de Président et par là-même, de Directeur général de la Société.

Dès que le Président Directeur général aura cessé ses fonctions et quelle que soit la cause de cette cessation de fonctions, le Conseil d'administration devra immédiatement pourvoir à son remplacement afin qu'aucun arrêt sensible ne se produise dans la marche des affaires sociales.

Il pourrait cependant se faire que le droit du nouveau Président entraînant des consultations ou des démarches d'une longue durée. Les affaires sociales ne pouvant pas toujours attendre, pour poursuivre leur rythme, il serait utile que le Conseil d'administration procédât à la désignation d'un Président à titre temporaire qui, provisoirement, assurerait la gestion de la Société et cela, soit personnellement, soit par l'intermédiaire d'un mandataire. Et il ne semble pas qu'il puisse être apporté exception pour le cas du décès du Président à l'application de ces mesures. La loi du 16 novembre 1940, article 2, alinéa 6, ne donne, en effet, au Conseil le droit de pourvoir au remplacement du Président que pour une durée limitée et seulement si ce Président est dans l'incapacité temporaire d'après lui-même ; il est donc impossible, dans toute autre hypothèse, de donner

au Conseil le droit de faire assurer l'intérim par l'un de ses membres.

Dans un dernier chapitre, nous jetterons un coup d'œil rapide sur la loi allemande du 30 janvier 1937 et, en comparant son texte à celui de la loi du 16 novembre 1940, nous nous apercevrons que le législateur allemand a fait, dans cette loi, œuvre utile et claire et qu'il n'a pas, à l'instar du législateur français, qui paraît avoir agi dans la hâte, sinon dans l'ignorance, laissé dans l'ombre un nombre aussi important de problèmes que ceux qui restent posés depuis la loi de novembre 1940.

CHAPITRE VI

LA LOI ALLEMANDE DU 30 JANVIER 1937

Nous diviserons notre étude de la loi allemande en quatre parties. Dans un premier paragraphe, nous dégagerons les principes directeurs de la loi. Dans un second paragraphe, nous étudierons les organes de direction des sociétés anonymes créés par cette loi. Dans un troisième paragraphe, nous nous demanderons quels sont les pouvoirs et la responsabilité du Directeur. Dans un quatrième paragraphe, enfin, nous dégagerons les analogies et les différences des législations française et allemande.

SECTION I

PRINCIPES DIRECTEURS DE LA LOI DU 30 JANVIER 1937

Ainsi qu'on l'a écrit : « La loi allemande du 30 janvier 1937 sur les sociétés par actions a été l'expression dans le domaine des sociétés, de l'entrée en vigueur d'un régime politique nouveau et particulier. Mais elle est aussi la réalisation, pour l'Allemagne, du souci manifesté par les différentes nations de mettre en harmonie leur législation propre avec l'évolution générale du concept des sociétés par actions. Cette seconde préoccupation de la loi allemande du 30 janvier 1937 justifierait, à elle seule, la comparaison de ses dispositions relatives à la direction des sociétés par actions avec les

prescriptions de la loi française du 16 novembre 1940 si, en outre, ce dernier texte ne s'inspirait, dans une large mesure des règles posées par le nouveau droit germanique des sociétés.» (1)

Le législateur allemand, décidé à maintenir en Allemagne, où il s'imposait à cause du développement industriel et commercial considérable du pays, le régime de la Société anonyme, s'est employé, dans la loi du 30 janvier 1937, à édicter les mesures qui lui semblaient propres à rendre injustifiées les nombreuses critiques que l'on faisait dans ce pays tout comme en France, au principe de l'anonymat.

Le premier grief que l'on faisait à la société anonyme touchait l'actionnaire. En effet, si l'on considérait l'étendue des attributions des assemblées générales, les actionnaires apparaissaient vraiment comme des chefs à la fois inconnus, incompetents et irresponsables. Il semblait anormal de donner d'aussi larges pouvoirs que ceux qui leur étaient jusqu'alors reconnus, à des individus dont le seul intérêt concerne la répartition des dividendes, qui ne possèdent aucune qualité particulière et ne déploient, au bénéfice de l'affaire, aucune activité réelle. L'immixtion de tels actionnaires dans la gestion de la Société ne peut qu'être nuisible à la bonne marche des affaires.

De tels pouvoirs s'opposaient, en outre, au principe selon lequel la Société commerciale doit être dirigée uniquement par un chef responsable auquel les pouvoirs les plus étendus doivent être conférés, sans possibilité d'immixtion étrangère.

(1) BAUDOUIN, BUGNET et GOZARD : *op. cit.*

Aussi, à l'égard des actionnaires, la loi allemande du 30 janvier 1937 adopte-t-elle une série de solutions dont voici l'essentiel :

Il est reconnu que, dans toute société anonyme, on peut distinguer deux sortes d'actionnaires. Ceux qui ne s'intéressent qu'à la régularité des dividendes et ceux qui sont uniquement préoccupés du développement de l'entreprise .

C'est ainsi que les paragraphes 115 et 116 de la loi établissent une incidence entre le droit de préférence dans la répartition des bénéfices et l'exercice du droit de vote, par l'autorisation de la création d'actions privilégiées sans droit de vote, mais dont les porteurs ont la possibilité d'assister à l'assemblée générale et d'y poser certaines questions.

Le paragraphe 112 de la loi du 30 janvier 1937 confère, en effet, à l'actionnaire, dont le rôle personnel est un rôle de contrôleur, le droit de poser des questions au cours de l'assemblée générale. Ainsi, il n'est plus possible de retirer à l'actionnaire le droit de s'informer dans le cas où une décision de l'assemblée générale irait à l'encontre de l'exercice de ses droits. Il y a là une nouveauté, mais on doit noter qu'en revanche, le Directeur général de la Société, à l'encontre des usages précédemment admis, a seul qualité pour apprécier si les questions posées doivent ou non recevoir une réponse. De plus, les attributions de cette même assemblée générale ont été considérablement réduites en raison de l'incompétence des actionnaires et du peu d'intérêt qu'ils prennent à la direction de l'affaire.

Le paragraphe 102 de la loi a maintenu à l'assemblée générale le pouvoir de décision qui concerne les modi-

fications statutaires de la Société, soit dissolution, soit fusion ou transformation, la nomination ou la révocation du conseil de surveillance, mais il ne lui reconnaît plus le droit d'intervenir en ce qui concerne les questions posées par la gestion sociale proprement dite. Lors de la rédaction de la loi du 30 janvier 1937, la proposition avait été faite de supprimer l'assemblée générale annuelle pour la remplacer par une assemblée quinquennale qui ne se réunirait donc que tous les cinq ans, période au bout de laquelle les pouvoirs de direction prendraient fin. Mais cette proposition n'a pas été retenue et l'assemblée générale annuelle subsiste et toutes les dispositions prises en ce qui concerne les actionnaires proprement dits laissent subsister l'anonymat.

Mais, en revanche, l'une des profondes transformations de la loi a été de donner à la direction une importance considérable et de pallier à ce propos les inconvénients résultant de l'anonymat.

L'élément essentiel de la loi du 30 janvier 1937 réside dans la notion qui, dorénavant, domine toute l'organisation des sociétés par actions en Allemagne, la notion du Chef.

La loi d'organisation du travail du 20 janvier 1934 avait déjà défini les éléments de l'activité du chef, et les principes dégagés par cette loi, d'une portée plus générale que la loi du 30 janvier 1937, avaient été appliqués aux Sociétés.

On voit que depuis longtemps, en Allemagne, la direction jouissait d'une liberté d'action plus grande que dans d'autres pays. Le conseil de surveillance qui déjà existait à côté d'elle, n'était pas un organisme véritablement dirigeant, et la tendance à une plus grande

liberté de la direction de la société par actions se traduisait dans la loi par une modification profonde apportée dans le rapport des rôles attribués respectivement à l'assemblée générale, au conseil de surveillance et à la direction.

Avant que ne fût promulguée la loi du 30 janvier 1937, l'assemblée générale des actionnaires disposait des plus grands pouvoirs. Elle n'avait pas seulement à décider de tout ce qui concernait les modifications statutaires, la fusion, ou transformation de la Société, elle n'avait pas seulement à choisir le conseil de surveillance, elle avait aussi à approuver le bilan, et elle pouvait, si elle le voulait, fort bien réduire et limiter les attributions de la direction, et même avec des décisions particulières, s'immiscer dans un certain nombre d'actes de gestion proprement dite de la Société.

Dorénavant, l'assemblée générale des actionnaires ne peut plus intervenir dans la gestion, sauf dans le cas où la direction elle-même solliciterait son intervention. De même, elle n'émet plus son avis sur le bilan et n'a à l'approuver que si la direction et le conseil de surveillance l'invitent à le faire. Elle conserve cependant le pouvoir de connaître la répartition des bénéfices et de décider éventuellement une distribution de dividendes, mais ne peut modifier les sommes affectées par la direction à la réserve. Sa mission personnelle ne consiste plus qu'à prendre une décision sur la décharge à donner à la direction et au conseil de surveillance.

De même qu'elle a limité le rôle des actionnaires, la loi allemande a décidé que l'anonymat devait être réservé aux grosses entreprises et il est exigé, pour qu'une Société puisse adopter ce mode d'activité, qu'elle pos-

sède un capital minimum. C'est ainsi qu'il est interdit de créer des sociétés anonymes d'un capital moindre de 500.000 reich-mark (1).

De plus, certaines des dispositions de la loi du 30 janvier visent à défendre l'intérêt général, et c'est ainsi que l'article 288 de la loi intitulée : Défense de l'intérêt général par l'Etat, stipule: « 1° Une société par actions ou une société en commandite par actions présentant un danger pour l'intérêt général, notamment parce que ses administrateurs violent d'une manière flagrante les lois et les principes d'une bonne gestion, peut être dissoute par le Tribunal de l'Economie de l'Empire, à la requête du Ministre de l'Empire à l'Economie Nationale. Le Ministre de l'Empire à l'Economie Nationale introduit la requête d'accord avec le Ministre de l'Empire à la Justice et les autres ministres intéressés. »

Et de même, dans de nombreuses autres dispositions, la loi subordonne le bien particulier des actionnaires au bien public. C'est ainsi que l'article 70 stipule que :

« La direction administre la Société sous sa propre responsabilité, de façon à servir tant l'intérêt de l'entreprise et de sa suite que le bien de l'Empire », et le bien de l'Empire, l'intérêt supérieur de l'Etat, peuvent, dans certains cas, justifier les dérogations aux principes généraux posés par la loi.

Tels paraissent être le principe directeur et les prin-

(1) Aux termes d'un décret du 4 septembre 1939 (R.G.B. 1694), les sociétés d'un capital moindre de 100.000 R.M. peuvent subsister (c. f. Annales de droit commercial 1939, page 319). Ce texte récent, illustre l'impossibilité de fait devant laquelle s'est trouvé le législateur allemand d'empêcher des petites entreprises d'adopter la forme de l'anonymat (c. f. Introduction, page 2).

cipales prescriptions de la loi allemande sur les sociétés du 30 janvier 1937.

SECTION II

LES ORGANES DE DIRECTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

SELON LA LOI DU 30 JANVIER 1937

La plupart des législations confient l'administration de la Société par actions à des mandataires, les administrateurs, et le contrôle de la gestion est assumé par d'autres mandataires et commissaires. Administrateurs et commissaires sont, les uns et les autres, désignés par l'assemblée générale des actionnaires et révocables par eux *ad nutum*.

Les bases sur lesquelles la loi de 1937 établit l'organisation et le contrôle de la gestion des Sociétés par actions allemandes sont totalement différentes. Deux organes sociaux ont été créés : la direction, composée de directeurs, qui sont les administrateurs actifs, et le conseil de surveillance, composé d'administrateurs passifs.

Le conseil de surveillance nomme lui-même les membres de la direction ; les membres de ce conseil sont désignés par l'assemblée générale. On peut rapprocher cette différence dans le mode de nomination des deux organismes sociaux de gestion, de celle qui existe dans la législation française entre la nomination du Président du conseil d'administration qui est faite par le Conseil d'administration lui-même, et celle des membres du conseil d'administration qui sont désignés par l'assemblée générale des actionnaires.

Et de même que les membres du conseil d'administration des sociétés par actions françaises, sont des

mandataires directs de la Société, les membres du conseil de surveillance de la société par actions allemandes sont également des mandataires directs. Tout au contraire, comme le Président du conseil d'administration des sociétés françaises, les membres de la direction des sociétés allemandes sont des mandataires substitués.

Examinons d'abord le principe sur lequel se fonde la direction pour voir ensuite en quoi consistent les attributions du conseil de surveillance :

§ 1. - *La Direction*

Les membres de la direction sont nommés pour cinq ans au maximum. La direction peut se composer d'une seule personne ou de plusieurs, et le nombre des membres de la direction n'est pas limité par la loi. Au cas où la direction se compose de plusieurs personnes, il peut être nommé un président de la direction. Mais à l'inverse de ce qui se passe dans la législation française depuis la loi du 16 novembre 1940, le Président de la direction de la société anonyme par actions allemande ne joue pas un rôle prépondérant. Il a uniquement pour mission de départager les divergences d'opinion qui pourraient se faire jour dans la direction, et si les statuts n'en disposent pas autrement, il a voix prépondérante pour toutes les décisions à prendre.

D'ailleurs si l'on recherche à faire la comparaison entre le Président de la direction de la loi allemande du 30 janvier 1937, et le Président du conseil d'administration, directeur général de la législation française du 16 novembre 1940, il ne faudrait pas comparer le Président français au Président allemand, mais bien à la direction toute entière comprenant un nombre variable de personnes et qui seule joue, dans la société par

actions germanique, le rôle du Président du conseil d'administration des sociétés par actions françaises.

Le caractère de la direction est précisé par le paragraphe 71 de la loi du 30 janvier 1937 qui dispose :

« ...

2° Lorsque la direction se compose de plusieurs personnes, les membres de la direction ne peuvent faire de déclaration ou donner de signature pour la Société que tous ensemble, à moins que les statuts n'en disposent autrement. La direction peut autoriser des membres de la direction à passer des opérations déterminées ou d'un genre déterminé. Une déclaration à faire à la Société peut être faite à un seul membre de la direction.

3° Les statuts peuvent également stipuler que des membres de la direction ont seuls ou ensemble avec un procuriste le droit de représenter la Société. Le même pouvoir peut être donné par le conseil de surveillance s'il y est autorisé par les statuts. Ainsi les différents membres de la direction ne peuvent se représenter mutuellement et ne représentent pas individuellement la Société activement, mais ils se représentent mutuellement et représentent chacun la Société passivement. Les membres de la direction sont nommés par le conseil de surveillance pour une durée maxima de cinq ans. Les statuts peuvent prévoir que la durée du mandat des membres de la direction sera moins long. Le Président, qui peut être nommé lorsque la direction comporte plusieurs membres, n'est pas désigné par ses collègues, mais par le conseil de surveillance, et ainsi le maximum d'indépendance lui est assuré vis-à-vis de ses collègues.

De même que le conseil de surveillance a le pouvoir de nommer la direction, il peut également la révoquer ou révoquer le Président pour fautes graves, et l'alinéa 3 du paragraphe 75 de la loi du 30 janvier 1937 précise que :

« Pour des raisons graves, le conseil de surveillance peut révoquer la nomination des membres de la direction ainsi que la nomination du Président de la direction. Est raison grave notamment une violation flagrante des devoirs ou l'incapacité de gérer les affaires convenablement. Cette disposition s'applique également à la direction nommée par le premier conseil de surveillance, la révocation est valable tant qu'une décision judiciaire la déclarant nulle n'a pas acquis force de chose jugée. Les droits résultant du contrat d'engagement sont soumis aux dispositions du droit commun. »

La formule de la loi dans laquelle figure l'incapacité de gérer convenablement les affaires est très large, et elle permet au conseil de surveillance de révoquer la direction sans avoir à lui reprocher des fautes de gestion caractérisées ou une violation quelconque de la loi ou des statuts, mais uniquement sur la vue des résultats sociaux insuffisants.

C'est aux statuts qu'il appartient de fixer le nombre minimum des membres de la direction de la Société nécessaires pour que celle-ci représente valablement la Société. Le paragraphe 75 de la loi du 30 janvier 1937 stipule qu'une personne juridique ne peut être nommée membre de la direction. Cette disposition est contraire à ce qu'admet la jurisprudence française aux termes de laquelle une société peut valablement être membre de la direction d'une autre société. En Allemagne, seules

des personnes physiques peuvent être membres de la direction de la Société, et il en est de même pour le conseil de surveillance. Le paragraphe 86 de la loi du 30 janvier 1937 dispose à cet effet: « Aucune personne juridique ne peut être membre du conseil de surveillance. »

Quant au mode de rémunération des membres de la direction, il est précisé par la loi dans ses paragraphes 77 et 78 en ces termes :

« Paragraphe 77 :

« 1° L'activité des membres de la direction peut être
« rétribuée par une participation aux bénéfices qui, en
« règle générale, sera un tantième du bénéfice annuel.

« 2° S'il est accordé aux membres de la direction un
« tantième du bénéfice annuel, il faut calculer leur part
« sur la base du bénéfice net, déduction faite des amor-
« tissements et rectifications ainsi que des réserves.
« Toute autre fixation est nulle. Si l'équité l'exige, le
« conseil de surveillance peut permettre, pour le seul
« exercice en question, que les bénéfices destinés à for-
« mer des réserves facultatives ne soient pas déduits.

« 3° Il faut qu'il existe une juste proportion entre les
« participations aux bénéfices d'une part et les dépenses
« en faveur de la suite (le personnel) ou les œuvres
« d'utilité publique d'autre part. Il appartient au con-
« seil de surveillance d'en prendre soin. Le ministère
« public peut contraindre à l'observation de ce com-
« mandement légal par voie de demande en justice; les
« détails seront réglés par le ministre de l'Empire à la
« justice, qui déterminera notamment la juridiction
« compétente qui réglera la procédure. »

« Paragraphe 78 :

« 1° Le conseil de surveillance prendra soin à ce que
« l'ensemble des émoluments des membres de la direc-
« tion (salaires, participation aux bénéfices, indemnités
« pour leurs dépenses et leurs assurances, commissions
« et prestations accessoires de tout genre), soit dans une
« juste proportion avec les devoirs des membres res-
« pectifs de la direction, et la situation de la Société.
« La même règle s'applique par analogie aux retraites,
« pensions et prestations du même genre.

« 2° Si après la fixation de l'ensemble des émolu-
« ments des membres de la direction, la situation de la
« Société empire tellement que l'on ne puisse continuer
« à payer ces émoluments sous peine de commettre une
« grave iniquité envers la Société, le conseil de surveil-
« lance peut les réduire à une juste proportion. Cette
« mesure ne porte pas atteinte aux autres dispositions
« du contrat d'engagement; toutefois, chaque membre
« de la direction peut résilier son contrat d'engagement
« à la fin du trimestre suivant avec un préavis de six
« semaines.

« 3° En cas de mise en faillite de la Société et de
« résiliation du contrat d'engagement d'un membre de
« la direction par le Syndic, ledit membre ne peut
« réclamer des dommages-intérêts à cause du préjudice
« subi par la cessation de ses services que pour les deux
« ans à partir de la fin des dits services. »

Il résulte de ces précisions que la rémunération des membres de la direction doit être très strictement liée à la situation de la Société. Si donc la Société est prospère, la direction aura droit à des émoluments élevés qui constitueront l'équitable récompense de l'effort

fourni par elle ainsi que de son activité. Si au contraire, elle est en train de périlcliter, la direction étant responsable, ses émoluments devront être réduits.

§ 2. - *Le Conseil de Surveillance*

Le conseil de surveillance placé à côté de la direction, qui est nommée par lui, fait l'objet, de la part de la loi du 30 janvier 1937, de prescriptions très étendues.

Sa composition est fixée par le paragraphe 86 qui dispose :

« 1° Le conseil de surveillance se compose de trois
« membres. Les statuts peuvent fixer un nombre plus
« élevé. Le nombre maximum des membres du conseil
« de surveillance est de : sept, si le capital social ne
« dépasse pas R.M. 3 millions; douze, si le capital social
« ne dépasse pas R.M. 3 millions; vingt, si le capital
« social ne dépasse pas R.M. 20 millions.

« Le Ministre de l'Empire à l'Economie nationale,
« d'accord avec le Ministre de l'Empire à la Justice et
« les autres ministres de l'Empire intéressés, peut
« admettre des exceptions si c'est pour le bien de la
« Société ou dans l'intérêt de l'Economie nationale.

« 2° Aucune personne juridique ne peut être membre
« du conseil de surveillance. Ne peut être non plus
« membre du conseil de surveillance celui qui est déjà
« membre du conseil de surveillance de dix sociétés par
« actions ou sociétés en commandite par actions ; le
« Ministre de l'Empire à la Justice, d'accord avec les
« ministres de l'Empire intéressés, peut en disposer
« autrement dans la mesure où cela apparaît néces-
« saire pour assurer la défense des intérêts écono-
« miques de l'Empire, des pays de fédérations inter-

« communales, de communes ou d'entreprises économiques. »

La loi a considéré à juste titre que les membres du conseil de surveillance devaient varier avec le capital social. On ne peut que déplorer que le législateur du 30 novembre 1940 n'ait pas estimé, en France, que le nombre maximum des administrateurs des sociétés anonymes fût fonction de l'importance du capital social anonyme.

Si, encore, il est interdit à une personne morale, c'est-à-dire en pratique à une autre société d'être membre du conseil de surveillance d'une société, de plus une même personne ne peut être membre du conseil de surveillance de plus de dix sociétés par actions ou sociétés en commandite par actions. Mais la loi assouplit aussitôt l'application de ce principe en prévoyant que le Ministre de la Justice pourra autoriser des dérogations qui seront parfois nécessaires, notamment dans les entreprises d'économie mixte où l'Etat a besoin d'être représenté dans un certain nombre de sociétés par une même personne. Ainsi donc, si les règles posées par le législateur allemand apparaissent comme plus strictes que celles qu'a adoptées la loi française, elles sont dans leur application beaucoup plus larges et plus souples.

Cependant, on constate le contrôle étroit du Gouvernement chargé de veiller à ce que les assouplissements demandés soient conformes à l'intérêt général.

Le paragraphe 87 précise en ces termes les conditions d'élection et de révocation des membres du conseil de surveillance :

« 1° Les membres du conseil de surveillance sont
« élus par l'assemblée générale. Aucun membre du

« conseil de surveillance ne peut être élu pour une
« période dépassant la clôture de l'assemblée générale
« délibérant sur la décharge pour le quatrième exer-
« cice après l'élection ; n'est pas compris dans cette
« période l'exercice dans lequel l'élection a lieu.

« 2° La nomination des membres du conseil de sur-
« veillance peut être révoquée par l'assemblée générale
« avant l'expiration de la période d'élection. La déli-
« bération doit être prise à une majorité comprenant
« au moins les trois-quarts des voix émises. Les statuts
« peuvent remplacer cette majorité par une autre et
« imposer encore d'autres conditions.

« 3° La nomination du premier conseil de surveil-
« lance vaut jusqu'à la clôture de la première assem-
« blée générale ayant lieu après un an, à partir de
« l'inscription de la Société au registre du commerce,
« en vue de délibérer sur la décharge. Avant cette date,
« la nomination peut être révoquée par l'assemblée
« générale à la simple majorité des voix. »

Ainsi les membres du conseil de surveillance sont désignés par l'assemblée générale des actionnaires et c'est là une des principales prérogatives dont l'exercice a été laissé à l'assemblée générale des actionnaires. Par la loi du 30 janvier 1937, la durée du mandat des membres du conseil de surveillance est de cinq ans, mais ils sont toujours susceptibles d'être révoqués par l'assemblée générale délibérant à la majorité des 3/4 des voix émises, si les statuts n'apportent sur ce point aucune précision, ou à une autre majorité et sous une autre forme, si les statuts le prévoient.

Il est enfin à noter qu'à côté de ces membres du conseil de surveillance désignés normalement par l'assem-

blée des actionnaires et qui en sont les mandataires, il en est qui ne sont nommés que par certains actionnaires. Le paragraphe 88 de la loi du 30 janvier 1937 précise en effet que :

« 1° Les statuts peuvent investir certains actionnaires
« ou les porteurs de certaines actions du droit de délé-
« guer des membres du conseil de surveillance. Le
« nombre total des membres délégués ne peut dépasser
« le tiers des membres du conseil de surveillance.

« 2° Le droit de délégation ne peut être attribué
« qu'aux porteurs d'actions nominatives dont le trans-
« fert est soumis à l'autorisation de la Société.

« 3° Les actions dont les porteurs ont le droit de
« déléguer, ne sont pas considérés comme formant une
« catégorie spéciale.

« 4° Les membres délégués du conseil de surveillance
« peuvent être révoqués par les délégants à tout
« moment, et être remplacés par d'autres. S'il y a une
« raison grave à l'encontre de la personne d'un
« membre délégué, le Tribunal doit révoquer ledit
« membre, à la requête d'une minorité représentant au
« moins un dixième du capital social.

« 5° Si les conditions du droit de délégation prévues
« par les statuts ont cessé d'exister, l'assemblée peut
« révoquer le membre délégué à la simple majorité des
« voix. »

De plus, le paragraphe 90 règle certaines incompatibilités que crée la fonction des membres du conseil de surveillance :

« 1° Les membres du conseil de surveillance ne
« peuvent être en même temps membres de la direc-
« tion ou représentants permanents de membres de la

« direction. Ils ne peuvent non plus gérer les affaires
« de la société en qualité d'employés.

« 2° Pour une période fixée d'avance, le conseil de
« surveillance peut nommer quelques-uns de ses
« membres représentants de membres de la direction
« empêchés. Pendant cette période, lesdits membres ne
« doivent exercer aucune fonction de membres du con-
« seil de surveillance. L'interdiction de concurrence du
« paragraphe 79 ne s'applique pas à eux. »

Enfin, les paragraphes 92, 93 et 94 réglementent le
fonctionnement pratique du conseil de surveillance. Ces
paragraphes s'expriment ainsi :

« Paragraphe 92 :

« 1° Le conseil de surveillance élit parmi ses membres
« un président et au moins un représentant; les détails
« sont réglés par les statuts. La direction doit déclarer
« au Tribunal le nom de l'élu à fin d'inscription au
« registre du commerce.

« 2° Il sera dressé un procès-verbal signé par le Pré-
« sident ou par le représentant de tous les débats et
« toutes les délibérations du conseil de surveillance.

« 3° Le vote par écrit n'est admis que si aucun
« membre ne s'oppose à cette procédure.

« 4° Le conseil de surveillance peut former de ses
« membres une ou plusieurs commissions, notamment
« pour préparer les débats et délibérations ou pour
« surveiller l'exécution de ses délibérations. »

« Paragraphe 93 :

« 1° Les personnes qui ne sont membres ni du conseil
« de surveillance ni de la direction ne peuvent pas
« participer aux séances du conseil de surveillance et
« de ses commissions. Les experts et les informateurs

« peuvent être admis lors de la délibération sur les
« points respectifs.

« 2° Les membres du conseil de surveillance qui ne
« font pas partie de la commission peuvent participer
« aux séances de cette commission à moins que les sta-
« tuts ou le Président du conseil de surveillance n'en
« disposent autrement.

« 3° Les statuts peuvent admettre que des personnes
« qui ne sont pas membres du conseil de surveillance
« participent aux séances du conseil de surveillance,
« pourvu qu'elles soient autorisées par ces membres
« par écrit. Les dites personnes peuvent déposer égale-
« ment des votes écrits desdits membres du conseil de
« surveillance. Ces prescriptions ne s'appliquent pas au
« Président du conseil de surveillance et à ses repré-
« sentants.

« 4° Les présentes dispositions ne portent pas atteinte
« aux dispositions légales contraires. »

« Paragraphe 94 :

« 1° Tout membre du conseil de surveillance ainsi
« que la direction peuvent demander que le Président
« du conseil de surveillance convoqué sans retard le
« conseil de surveillance; ils doivent indiquer le but et
« les raisons de leur demande. La séance doit avoir
« lieu dans un délai de deux semaines à partir de la
« convocation.

« 2° Si une demande d'au moins deux membres du
« conseil de surveillance ou de la direction reste sans
« suite, les requérants ont le droit de convoquer eux-
« mêmes le conseil de surveillance en indiquant les cir-
« constances. »

Notons, enfin, que la rémunération des membres du conseil de surveillance est prévue par la loi dans son paragraphe 98 qui reproduit, à peu de chose près, les principes qui président à des conditions de rémunération des membres de la direction.

C) Les pouvoirs et la responsabilité de la Direction

Ainsi qu'on l'a écrit (1) : « L'un des principes essentiels mis en œuvre par la loi allemande du 30 janvier 1937 consiste dans la primauté qui doit être attribuée au chef, aussi bien dans l'ordre économique que dans l'ordre politique. Toute activité à mener dans un but déterminé appelle un chef. Celui-ci doit avoir l'autorité nécessaire pour décider et agir au moment voulu. En contre-partie il doit être responsable de ses décisions et de ses actes. En outre, pour éviter préventivement qu'il n'abuse de pouvoirs qui lui sont donnés ou qu'il ne les détourne de leur objet, il doit être contrôlé. »

La direction représente la Société et l'administre ainsi qu'il résulte des paragraphes 70 et 71 de la loi qui stipule :

Paragraphe 70

« 1° La direction administre la Société sous sa propre
« responsabilité de façon à servir tant l'intérêt de
« l'entreprise et de sa suite que le bien commun du
« peuple et de l'Empire. »

Paragraphe 71

« 1° La Société par actions est représentée par la
« direction en justice et en dehors de la justice (dans
« le commerce). »

Il résulte de ces textes que la direction est à la fois

(1) Pierre BAUDOUIN, BUGNET et Gil GOZARD : *op. cit.*, page 123.

l'organe d'action et d'exécution de la Société; que, de plus, son administration ne doit pas seulement avoir pour objet de servir les seuls intérêts de la Société, et par conséquent, des actionnaires, mais également de l'ensemble de ses employés, de ses ouvriers et de tous les salariés qui apportent leur travail à la Société que la loi appelle la suite de l'entreprise. La direction doit donc diriger l'entreprise en tenant un aussi grand compte de l'intérêt des salariés qu'elle emploie que de l'entreprise elle-même, c'est-à-dire des actionnaires.

Les obligations de la direction sont définies ou précisées : elle doit veiller à ce que les livres de commerce obligatoires soient tenus, et le paragraphe 81, tout en laissant à la direction une grande liberté d'action, précise le contrôle étroit qu'exerce sur elle le conseil de surveillance. Ce paragraphe stipule :

« Périodiquement et au moins chaque trimestre, la
« direction fait au conseil de surveillance un rapport
« oral ou écrit sur la marche des affaires et sur la
« situation de l'entreprise; de même un rapport oral ou
« écrit est fait au Président du conseil ou à son repré-
« sentant, sur chaque événement important. Le rapport
« doit être conforme aux règles d'une reddition de
« compte fidèle et consciencieux. »

Il en résulte que la direction, mandataire du conseil de surveillance, gère et administre seule la Société, que c'est à elle qu'incombe le soin exclusif de la direction de l'affaire. Grâce aux rapports périodiques qui sont faits par la direction au conseil de surveillance, celui-ci peut exercer sur elle un contrôle étroit et le conseil peut suivre de très près l'activité de la Société et agir dès qu'il lui paraît nécessaire de prendre une mesure con-

forme à l'activité de la Société, à l'intérêt de celle-ci et à celui de sa suite, ou au bien du peuple et à celui de l'Empire.

Nous constatons, en outre, que pour tout événement important, un rapport spécial doit être fait par la direction au Président du conseil de surveillance ou à son représentant, rapport écrit ou verbal. De plus, en cas de pertes, d'endettement ou d'insolvabilité des sociétés, le paragraphe 83 de la loi précise en ces termes les devoirs qui sont dictés à la direction :

« 1° S'il résulte du bilan annuel ou d'un bilan intermédiaire ou de l'appréciation consciencieuse des circonstances qu'il y ait une perte dont le montant est de la moitié du capital social, la direction convoque sans retard l'assemblée générale pour la mettre au courant.

« 2° En cas d'insolvabilité de la Société, la direction demande sans retard, au plus tard trois semaines après la manifestation de l'insolvabilité, l'ouverture de la faillite ou de la procédure du concordat préventif. Cette disposition s'applique par analogie au cas où l'actif de la Société ne couvre plus les dettes. Aucune faute ne peut être retenue à la charge de la direction, si celle-ci poursuit l'ouverture de la procédure du concordat préventif avec la diligence d'un directeur d'entreprise bon et consciencieux. »

La loi allemande estime donc que la perte de la moitié du capital suffit pour que la direction soit tenue de réunir l'assemblée générale des actionnaires. La loi française, elle, au contraire, estime que pour qu'une telle obligation soit envisagée, la perte du capital social doit avoir atteint les $\frac{3}{4}$ de celui-ci; et, alors que dans

la législation française lorsqu'il y a eu perte des $\frac{3}{4}$ du capital, les administrateurs doivent saisir l'assemblée générale des actionnaires de la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la Société, la loi allemande décide que les actionnaires sont seulement réunis, pour examiner la situation et étudier les mesures propres à y remédier. Cette différence se conçoit, car *a priori*, lorsque la perte du capital n'atteint que la moitié de celui-ci, la situation de la Société est vraisemblablement moins mauvaise que lorsque les $\frac{3}{4}$ du capital social ont disparu. Il paraît donc normal que l'assemblée générale qui est alors convoquée n'ait pas nécessairement pour objet l'examen de la dissolution éventuelle de la Société. Et l'obligation faite à la direction de convoquer l'assemblée générale lorsqu'il existe une perte équivalente à la moitié du capital s'impose à elle chaque fois qu'une circonstance quelconque lui a donné l'occasion de constater cette perte.

Nous avons vu que lorsque la direction se compose de plusieurs personnes, celles-ci ne peuvent agir au nom de la Société qu'ensemble et que chacune d'elles agissant isolément n'a pas engagé la Société. Les statuts peuvent, cependant, en décider autrement, mais ils peuvent aussi, conformément aux dispositions du paragraphe 74 de la loi, restreindre l'étendue des pouvoirs de la direction, et ce même droit de restriction appartient aussi au conseil de surveillance mandant de la direction, et même à l'assemblée générale délibérant à la demande de la direction ainsi que le précise le paragraphe 74; il est à noter que les restrictions du pouvoir de la direction ne sont pas opposables aux tiers.

Si donc la Société se trouve engagée envers les tiers

du fait de la direction à la suite d'un déplacement de pouvoirs de celle-ci, elle ne peut invoquer la limitation statutaire des pouvoirs de la direction ou les restrictions apportées par la suite à ces pouvoirs par le conseil de surveillance ou l'assemblée générale et refuser de faire face aux obligations ainsi contractées. L'article 84 de la loi du 30 janvier 1937 règle en ces termes la responsabilité de la direction :

« 1° Les membres de la direction doivent apporter à
« leur gestion la diligence d'un directeur d'entreprise
« bon et consciencieux. Ils doivent garder le silence sur
« les informations confidentielles.

« 2° Les membres de la direction qui ne remplissent
« pas leurs devoirs répondent solidairement envers la
« Société du préjudice qui en résulte. Ils doivent prou-
« ver qu'ils ont apporté la diligence d'un directeur
« d'entreprise bon et consciencieux.

« 3° En particulier, les membres de la direction
« doivent des dommages-intérêts si, contrairement à la
« présente loi :

« 1) Des apports sont remboursés aux actionnaires;

« 2) Des intérêts ou des dividendes sont payés aux ac-
tionnaires ;

« 3) Des actions propres de la société ou d'une autre
société sont souscrites, acquises, prises en gage ou amor-
ties ;

« 4) Des actions sont émises avant le versement com-
plet du montant nominal ou du taux d'émission plus
élevé;

« 5) L'actif social est réparti ;

« 6) Des paiements sont effectués après que la Société
est devenue insolvable ou après que son endettement est
apparu ; cette disposition ne s'applique pas aux paiements

qui, bien qu'effectués après ledit moment, sont compatibles avec la diligence d'un Directeur d'entreprise bon et consciencieux;

« 7) Des crédits sont ouverts;

« 8) En cas d'augmentation de capital sous condition, des actions sont émises en dehors du but fixé ou avant le versement complet de la contre-valeur.

« 4° Aucune responsabilité n'existe envers la Société, « lorsque l'acte en question a été fait en vertu d'une « délibération de l'assemblée générale prise conformément à la loi. L'approbation du conseil de surveillance n'exclut pas la responsabilité; la Société ne « peut renoncer à transiger sur ses actions en dommages-intérêts qu'après cinq ans à partir de leur « naissance et seulement avec l'approbation de l'assemblée générale; elle ne le peut pas si une minorité « comprenant au moins un cinquième du capital social « s'y oppose. Ce délai ne s'applique pas au cas d'insolvabilité du responsable qui transige avec ses créanciers en vue d'éviter ou de mettre fin à une procédure « de faillite.

« 5° Les créanciers de la Société peuvent exercer « l'action en dommages-intérêts de la Société dans la « mesure où ils ne peuvent obtenir satisfaction de « celle-ci; mais sauf dans le cas de l'alinéa 3 seulement « en cas d'une violation flagrante par les membres de « la direction, de l'obligation d'apporter la diligence « d'un directeur d'entreprise bon et consciencieux, « l'alinéa 2, proposition 2, s'applique par analogie. Une « renonciation ou une transaction de la Société est « inopposable aux créanciers ainsi que le fait que l'acte « en question ait été passé en vertu d'une délibération

« de l'assemblée générale ou ait été approuvé par le
« conseil de surveillance. Pendant la faillite de la
« Société, c'est le Syndic qui exerce les droits des créan-
« ciers contre les membres de la direction.

« 6° Les actions résultant des présentes dispositions
« se prescrivent par cinq ans. »

Ainsi les membres de la Société par actions sont responsables de leurs fautes de gestion. Le critérium sur lequel on se fondera pour apprécier la qualité de leur gestion est la conduite qu'aurait eue, dans les mêmes circonstances, le directeur d'entreprise bon et consciencieux, directeur type analogue au bon père de famille du droit français.

Mais la loi allemande se montre plus stricte que la loi française sur les qualités que doit avoir ce directeur bon et consciencieux.

De plus, la loi allemande retourne le fardeau de la peine en ce qui concerne les membres de la direction qui sont constamment présumés en faute. C'est donc à eux de faire la preuve qu'ils ont agi en directeurs bons et consciencieux, obligation particulièrement lourde pour les membres de la direction et qui constitue une véritable innovation reprise dans la loi française du 16 novembre 1940.

La responsabilité des membres de la direction n'est pas, en outre, mise en cause si les actes qu'on leur reproche ont été faits en vertu d'une décision de l'assemblée générale régulièrement prise. Tout au contraire l'approbation du conseil de surveillance n'exclut pas la responsabilité de la direction, car si la seule approbation du conseil de surveillance suffisait à couvrir la responsabilité de la direction, il serait à craindre

que celle-ci ne sollicitât fréquemment l'avis du conseil afin de dégager à coup sûr sa responsabilité, et la direction perdrait alors ainsi son caractère de chef et le conseil de surveillance ne serait plus cantonné dans ses fonctions de contrôle.

D'un autre côté les créanciers de la Société peuvent agir contre les membres de la direction qui ne pourront se disculper qu'en apportant la preuve qu'ils ont géré la Société comme l'aurait fait un directeur bon et consciencieux, et le paragraphe 85 de la loi étend aux représentants des membres de la direction les dispositions relatives à ceux-ci.

Nous voyons que les pouvoirs de la direction sont des plus larges : elle représente la Société en justice, vis-à-vis des tiers en toutes circonstances, ses pouvoirs d'administration sont des plus étendus. Enfin, les règles de la responsabilité de la direction sont complètes par les dispositions du paragraphe 101 que nous examinerons tout à l'heure et qui sont communes à la direction et au conseil de surveillance.

Le conseil de surveillance dont nous avons examiné plus haut les conditions et les règles de constitution est, en ce qui concerne ses pouvoirs propres, régi par les paragraphes 95, 96, 97 et 99 de la loi.

Le paragraphe 95 dispose :

§ 95. - Devoirs et droits du conseil de surveillance

« 1° Le conseil de surveillance surveille l'administration.

« 2° A tout moment, le conseil de surveillance peut
« demander à la direction un rapport sur les affaires
« de la Société, y compris les rapports avec une entre-

« prise faisant partie du Konzern. Le même droit appar-
« tient à chaque membre qui, toutefois, ne peut deman-
« der qu'un rapport au conseil de surveillance tout
« entier; si la direction refuse de faire le rapport, le
« rapport ne peut être demandé que si le Président du
« conseil de surveillance appuie la demande.

« 3° Le conseil de surveillance peut examiner et con-
« trôler les livres et les écrits de la Société ainsi que
« les éléments de son actif, notamment la caisse, le
« portefeuille et les marchandises; il peut en charger
« quelques-uns de ses membres ou, pour des travaux
« déterminés, des experts.

« 4° Le conseil de surveillance convoque l'assemblée
« générale si c'est dans l'intérêt de la Société.

« 5° Le conseil de surveillance ne peut être chargé
« de mesures d'administration. Toutefois, les statuts
« ou le conseil de surveillance peuvent disposer que
« certains genres d'opération ne seront passés qu'avec
« l'autorisation du conseil de surveillance.

« 6° Les membres du conseil de surveillance n'ont
« pas le droit de faire exercer leurs fonctions par
« autrui. »

Ainsi, le rôle essentiel du conseil de surveillance est un rôle de contrôle de l'administration de la Société. Et l'énumération de ses pouvoirs que fait le paragraphe 95 de la loi n'est pas limitative. Sans revenir sur ce texte qui par lui-même est suffisamment explicite, il est intéressant de noter qu'aux termes du paragraphe 95 le conseil de surveillance ne peut, en principe, être chargé de l'administration de la Société. Il constitue un organe de contrôle et non un organe de gestion. Cependant les statuts peuvent prévoir que certaines opéra-

tions ou catégories d'opérations ne pourront être passées qu'avec l'autorisation du conseil de surveillance. Et ainsi, le conseil se trouve indirectement engagé dans l'administration de la Société par l'autorisation qu'il donne à la direction. Mais, en aucune circonstance, les membres du conseil de surveillance ou, à plus forte raison, le conseil de surveillance en entier, ne pourraient s'immiscer directement dans la gestion sociale.

Le paragraphe 96 règle les rapports du conseil et de l'assemblée générale des actionnaires.

§ 96. - Rapport à l'assemblée générale

« 1° Le conseil de surveillance contrôle le règlement
« de comptes annuel, le projet de répartition des bénéfices ainsi que le rapport social. Il dépose le résultat
« de ce contrôle dans un rapport à l'assemblée générale.

« 2° Dans un rapport, le conseil de surveillance
« indique de quelle manière et dans quelle étendue il a
« contrôlé l'administration de la Société pendant
« l'exercice ; il indique par qui ont été contrôlés le
« règlement de comptes annuel et le rapport social et
« si ces contrôles ont, en fin de compte, donné lieu à de
« graves objections.

« Le règlement de comptes annuel n'est autre que le
« compte de profits et pertes de l'exercice qui, ainsi que
« le rapport social et le projet de répartition des bénéfices, doit être établi par la direction. Celle-ci soumet
« tous ces documents, dans les trois premiers mois de
« l'exercice ou dans les cinq premiers mois au maximum, si les statuts en disposent ainsi, au conseil de
« surveillance qui doit les examiner. Le conseil de sur-

« veillance peut faire à la direction les observations
« qu'il juge utiles. En ce qui concerne le compte de
« profits et pertes (règlement de comptes annuel), si
« le conseil de surveillance l'approuve sans réserve, la
« direction peut ne pas le soumettre à l'assemblée générale des actionnaires.

« Mais dans tous les cas, le conseil de surveillance
« doit présenter à l'assemblée générale le rapport prévu
« au paragraphe 96 de la loi.

« Vis-à-vis de la direction, c'est le conseil de surveillance qui représente la Société aussi bien en justice que pour les actes ordinaires. Le paragraphe 97 déclare en effet :

Paragraphe 97 - Représentation de la Société

« 1° - Le conseil de surveillance a le droit de représenter la Société dans les opérations passées avec les membres de la direction ; il a le droit de faire contre ces membres les procès décidés par l'assemblée générale.

« 2° - Si la responsabilité d'un des membres est en jeu le conseil de surveillance peut actionner les membres de la direction sans et même à l'encontre d'une délibération de l'assemblée générale. »

Nous constatons que le conseil de surveillance possède un mandat permanent de l'assemblée générale, ce qui lui permet d'agir, en cas de nécessité, contre la direction, et que, de plus, par lui-même et sans qu'intervienne la moindre décision de l'assemblée générale, il peut aussi agir en son propre nom contre la direction.

Ainsi le conseil jouit, vis-à-vis de l'assemblée générale, d'une réelle indépendance et une capacité propre lui est reconnue.

De plus, le paragraphe 101, qui s'applique également aux membres de la direction et à ceux du conseil de surveillance, stipule :

Paragraphe 101. - Action au détriment de la Société en vue d'obtenir des avantages étrangers à la Société

« 1° - Celui qui, dans le but de se procurer ou de procurer à autrui un avantage personnel, étranger à la Société, détermine sciemment, et en exploitant son influence sur la Société, un membre de la direction ou du conseil de surveillance à agir au préjudice de la Société ou des actionnaires, doit réparer le dommage qui en résulte.

« 2° - Avec lui sont solidairement responsables les membres de la direction et du conseil de surveillance qui ont agi en violation de leurs devoirs (par. 84, 99). Le tiers auquel l'avantage personnel était destiné est de même solidairement responsable s'il a sciemment provoqué l'abus d'influence.

« 3° - La responsabilité n'a pas lieu si l'influence a été employée pour obtenir un avantage qui se justifie par des intérêts dignes de protection.

« 4° - La responsabilité ne peut être levée vis-à-vis de la Société que dans les conditions du paragraphe 84, alinéa 4, propositions 3 et 4.

« 5° - Les créanciers de la Société peuvent exercer l'action en dommages-intérêts de la Société dans la mesure où ils ne peuvent obtenir satisfaction de celle-ci. Une renonciation ou une transaction de la Société

« est inopposable aux créanciers. Pendant la faillite
« de la Société, c'est le syndic qui exerce les droits des
« créanciers.

« 6° - Les actions résultant des présentes dispositions
« se prescrivent par cinq ans.

« 7° - Les dispositions présentes ne s'appliquent pas
« si l'avantage personnel est obtenu par l'exercice du
« droit de vote. »

Indépendamment, dans une large mesure vis-à-vis de l'assemblée générale des actionnaires dont il est cependant le mandataire, le conseil de surveillance est totalement indépendant vis-à-vis de la direction. La direction est étroitement contrôlée par lui, mais il n'a en principe aucun droit de gestion et d'administration. S'il intervient dans la gestion de la Société, ce ne sera qu'à titre tout-à-fait exceptionnel, dans des cas prévus par les statuts et pour des actes nettement déterminés.

Notons enfin que la rémunération des membres du conseil est strictement réglementée, comme celle des membres de la direction, par le paragraphe 98 de la loi, ainsi conçu :

Paragraphe 98 - Rétribution des membres
du conseil de surveillance

« 1° - L'activité des membres du conseil de surveil-
« lance peut être rétribuée ; la rétribution doit corres-
« pondre à leurs devoirs ainsi qu'à la situation de la
« Société. Si la rétribution est fixée dans les statuts, la
« modification des statuts réduisant la rétribution peut
« être décidée par l'assemblée générale à la simple
« majorité des voix.

« 2° - Aux membres du premier conseil de surveil-
« lance, une rétribution ne peut être accordée que par
« l'assemblée générale. La délibération ne peut être
« prise avant l'assemblée générale délibérant sur la
« décharge du premier conseil de surveillance.

« 3° - S'il est accordé aux membres du conseil de
« surveillance un tantième du bénéfice annuel, il faut
« calculer leur part sur la base du bénéfice net, déduc-
« tion faite des amortissements et rectifications ainsi
« que des réserves. Il ne sera pas tenu compte non plus
« des bénéfices résultant de la suppression de réserves,
« ainsi que d'une somme destinée aux actionnaires de
« quatre pour cent au moins des apports versés. Toute
« autre fixation est nulle.

« 4° - Il faut qu'il existe une juste proportion entre
« les participations aux bénéfices, d'une part, et les
« dépenses en faveur de la suite (le personnel), ou les
« œuvres d'utilité publique, d'autre part. Le ministère
« public peut contraindre à l'observation de ce com-
« mandement légal par voie de demande en justice ;
« les détails seront réglés par le ministre de l'Empire à
« la Justice, qui déterminera la juridiction compétente
« et règlera la procédure. »

Examinons maintenant, éclairés par l'étude qui pré-
cède, quelles sont les analogies et les différences des
législations allemande et française.

Section III. -. ANALOGIE ET DIFFÉRENCE DES LÉGISLATIONS ALLEMANDE ET FRANÇAISE

Dans la législation française, depuis la loi du 16 no-
vembre 1940, comme dans la législation allemande, un
double organisme a été créé pour administrer et diri-

ger la Société par actions. En France, ce sont le Président du Conseil d'administration, directeur général et le Conseil d'administration ; en Allemagne, la direction et le conseil de surveillance.

Le point qui rattache désormais le Président du Conseil d'administration d'une société anonyme française à la direction d'une société par actions allemande consiste en ce que c'est à ces deux organes seuls qu'appartient, en principe, la direction de la Société. La loi allemande est formelle. La direction dirige et gère. Le conseil de surveillance surveille et contrôle. La loi française n'est pas moins précise pour ce qui est du Président du Conseil d'administration. Son article 2 dispose, nous l'avons vu, « que le Président du Conseil d'administration remplit les fonctions de directeur général ou, à défaut, le directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du Président du Conseil d'administration ». Et le second paragraphe de cet article ajoute : « Aucun autre membre du Conseil d'administration ne peut être investi de fonctions de direction dans la Société. » La loi allemande, de son côté, n'est pas moins formelle lorsqu'elle déclare que « la direction administre la Société sous sa propre responsabilité et que le conseil de surveillance ne peut être chargé de mesures d'administration ».

Cependant, il apparaît que si, dans la législation française les pouvoirs de l'organe de direction sont nettement attribués au Président directeur général, ceux du second organe actif de la Société, le Conseil d'administration, demeurent beaucoup plus vagues dans notre législation que dans la législation allemande.

Quelle que soit l'imprécision des textes qui le concerne, le conseil d'administration n'en continue pas moins, sous la loi nouvelle comme sous la loi du 24 juillet 1867, à administrer la Société. Il n'a donc pas comme le conseil de surveillance de la loi allemande, un rôle exclusif de contrôle. On peut sans doute soutenir, que dans une certaine mesure, il contrôle le Président du Conseil d'administration, notamment lors de l'établissement de l'inventaire, du compte de profits et pertes et du bilan. Mais pour le reste, il participe à l'administration en conseillant le Président et en travaillant à ses côtés.

La même responsabilité pèse sur les organes de direction des sociétés françaises que sur ceux des sociétés allemandes. Cette **responsabilité repose ici et là** sur une présomption de faute qui frappe les dirigeants sociaux. Elle paraît cependant plus large dans la législation française que dans la législation allemande, particulièrement en ce qui touche le Président du Conseil d'administration.

Enfin, ces deux législations montrent une tendance législative très nette vers la disparition du principe de l'anonymat de la **direction des sociétés par actions**. En Allemagne, la disparition de l'anonymat est presque totale. Les noms des dirigeants sont non seulement inscrits sur un registre, ils doivent en plus figurer sur tous les documents sociaux, sauf sur ceux qui sont destinés à l'étranger.

En France, les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 n'ont pas poussé aussi loin cette tendance. Si les pouvoirs de directions sont centralisés uniquement entre les mains du Président du Conseil, aucune publi-

cité ne le frappe cependant et le nom du Président directeur général ne figure pas sur les documents sociaux.

Il faut noter en outre que sous le régime de la loi allemande, la direction est nommée uniquement par le conseil de surveillance, sans qu'il soit nécessaire que l'assemblée générale des actionnaires intervienne. Au contraire, en France, l'assemblée générale des actionnaires participe dans une certaine mesure, tout au moins à la nomination du Président du Conseil d'administration, puisque ce président est choisi parmi les membres du conseil qui sont eux-mêmes désignés par l'assemblée générale.

Une dernière constatation s'impose enfin lorsque l'on compare les deux lois française et allemande : la loi allemande apporte à la direction des sociétés par actions une réglementation plus détaillée que celle de la loi française consacrée à la direction des sociétés anonymes. La loi du 30 janvier 1937 définit avec précision les pouvoirs, les droits et les attributions de chacun des organes de direction : les rapports de la direction et du conseil de surveillance sont étroitement définis. La loi française s'est, au contraire, contentée de poser quelques vagues principes sur lesquels devra s'exercer la sagacité de l'interprète. Aucune de ses dispositions ne dégage avec exactitude les pouvoirs du Président Directeur général, pas plus que ne sont réglés les rapports de ce Président avec son Conseil d'administration. Le texte de la loi de 1940 est certainement l'un des plus imparfait qui ait jamais été promulgué. Devant ce laco-

nisme, il n'était pas inutile d'examiner la loi allemande du 30 janvier 1937, qui a certainement inspiré le législateur français de 1940 et dont l'étude peut faciliter la compréhension d'une volonté si imparfaitement exprimée.

ANNEXE I

LOI DU 18 SEPTEMBRE 1940

*relative au nombre et à la responsabilité
des administrateurs, aux fonctions et à la responsabilité
des Présidents de sociétés anonymes*

ARTICLE PREMIER. — La société anonyme est administrée par un conseil de trois membres au moins et douze au plus.

ART. 2. — Le Président du Conseil d'administration remplit les fonctions de directeur général, ou, à défaut, le directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du Président du Conseil d'administration.

ART. 3. — Nul ne peut exercer plus de deux mandats de Président.

ART. 4. — Est considéré comme commerçant pour l'application de la présente loi, le Président du Conseil d'administration de la Société. Au cas de faillite de celle-ci, il est soumis aux déchéances attachées par la loi à la faillite.

En outre, au cas de faillite de la Société, le tribunal civil peut, à la demande du syndic, décider en cas d'insuffisance d'actif, que les dettes sociales seront supportées, jusqu'à concurrence du montant qu'il fixera, soit

par le Président, soit par tous les administrateurs, soit par certains d'entre eux avec ou sans solidarité.

ART. 5. — La présente loi est applicable, tant aux sociétés qui se constitueront à l'avenir, qu'aux sociétés antérieurement constituées qui ont un délai de trois mois pour s'y conformer, nonobstant toutes dispositions contractuelles contraires.

En cas d'impossibilité pour ces dernières de réunir les assemblées générales dans ce délai, les Conseils d'administration auront pouvoir pour procéder aux modifications nécessaires. Ils soumettront leurs décisions à la ratification de la première assemblée générale.

Toute délibération prise après l'expiration du délai de trois mois ci-dessous prévu et en contravention des dispositions de la présente loi sera nulle de plein droit.

ART. 6. — Sont abrogées toutes dispositions contraires au présent acte qui sera publié au J. O. et exécuté comme loi d'Etat.

ANNEXE II

SOCIETES ANONYMES - ADMINISTRATION

*Loi du 16 novembre 1940
relative aux sociétés anonymes
(J. O. du 26 novembre 40)*

ARTICLE PREMIER. — La Société anonyme est administrée par un conseil de trois membres au moins et de douze au plus.

Toutefois, lorsque dans une société, un ou plusieurs administrateurs sont prisonniers de guerre, le nombre maximum d'administrateurs prévu aux statuts dans les limites du paragraphe précédent sera augmenté provisoirement d'un nombre égal à celui des administrateurs prisonniers de guerre.

Les administrateurs prisonniers de guerre siégeront au conseil d'administration au fur et à mesure de leur libération, dans les mêmes conditions que les autres membres.

La première assemblée générale qui suivra la libération de tous les administrateurs prisonniers de guerre, fixera d'une façon définitive, dans les limites du premier paragraphe, le nombre maximum statutaire des membres du Conseil d'administration et renouvellera celui-ci dans sa totalité.

ART. 2. — Le Président du conseil d'administration remplit les fonctions de Directeur général ou à défaut le

Directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la responsabilité du Président du conseil d'administration.

Aucun autre membre du conseil d'administration ne peut être investi de fonctions de direction dans la Société.

Toutefois, le Président peut nommer un comité composé soit d'administrateurs, soit de directeurs, soit d'administrateurs et de directeurs de la Société. Les membres de ce comité sont chargés d'étudier les questions que le Président renvoie à leur examen.

Les administrateurs qui font partie de ce comité peuvent recevoir une part dans les bénéfices supérieure à celle des autres administrateurs.

Dans le cas où le Président est dans l'impossibilité d'exercer ces fonctions, il peut déléguer tout ou partie de celles-ci à un administrateur ; cette délégation doit toujours être donnée pour une durée limitée.

Si le Président est dans l'incapacité temporaire d'effectuer cette délégation, le conseil d'administration peut y procéder d'office dans les mêmes conditions.

ART. 3. — Nul ne peut exercer plus de deux mandats de Président. Nul ne peut faire partie de plus de huit conseils d'administration de sociétés ayant leur siège en France. Ce nombre est réduit à deux pour les personnes âgées de plus de 70 ans. Les mandats de président et d'administrateur des diverses sociétés d'assurances ayant la même raison sociale ne comptent que pour un seul mandat.

ART. 4. — Le Président du conseil d'administration de la Société est considéré comme commerçant pour l'application de la présente loi.

En cas de faillite de la Société, le Président est soumis à la déchéance attachée par la loi à la faillite.

Le Tribunal de Commerce peut toutefois l'en affranchir si le Président prouve que la faillite n'est pas imputable à des choses graves commises dans la gestion de la Société.

Dans le cas où conformément aux alinéas 5 et 6 (1) de l'art. 2, les fonctions de Président ont été déléguées en tout ou partie à un administrateur, celui-ci encourt, dans la mesure des fonctions qui lui ont été déléguées les responsabilités définies dans le présent article aux lieu et place du président.

En outre, si la faillite ou la liquidation judiciaire de la Société fait apparaître une insuffisance d'actif, le Tribunal de commerce peut, à la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, soit par le Président, soit par les administrateurs membres du comité, soit par les autres administrateurs ou par certains d'entre eux, avec ou sans solidarité.

Pour dégager leur responsabilité, le Président et les administrateurs impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié.

Les dispositions de l'article précédent et du présent article ne sont pas applicables au Président et aux administrateurs de sociétés dont les biens mis en commun ne sont pas destinés à produire des bénéfices, au Président et aux administrateurs de sociétés, dont le mandat, en vertu des dispositions légales ou réglementaires,

est exclusif de toute rémunération, au Président et aux administrateurs des sociétés d'études et de recherches, tant que ces dernières ne passent pas au stade d'exploitation.

ART. 5. — La présente loi est applicable tant aux sociétés qui se constitueront à l'avenir qu'aux sociétés antérieurement constituées. Ces dernières ont, pour s'y conformer, et nonobstant toute disposition législative ou contractuelle contraire, un délai qui expirera le 31 décembre 1940.

Les conseils d'administration auront pouvoir pour procéder aux modifications nécessaires. Ils soumettront leur décision à la ratification de la première assemblée générale de la Société.

S'ils ne peuvent réunir le quorum, leurs décisions devront être soumises à l'homologation du Président du (1) Tribunal de commerce statuant en référé à la diligence du Président du Conseil d'administration, de son suppléant ou de son mandataire.

Toute délibération prise après l'expiration du délai prévu ci-dessus ou en contravention des dispositions de la présente loi, sera nulle de plein droit (1).

Toutefois, le délai imparti pour l'application des dispositions qui précèdent est prorogé pour les sociétés ayant leur siège en France, et leur exploitation dans les territoires d'outre-mer autres que l'Algérie, jusqu'à une date qui sera fixée par décret.

ART. 6. — Sont abrogées toutes dispositions contraires à la présente loi qui sera publiée au *Journal Officiel* et exécutée comme loi d'Etat.

(1) Rectifié suivant errata aux *J. O.* des 27 novembre 1940 et 4 décembre 1940.

CONCLUSION

Aux termes de cette étude, il nous est difficile de porter un jugement d'ensemble sur une œuvre législative aussi imparfaite que l'est la loi du 16 novembre 1940.

Il est possible, cependant, d'affirmer qu'en dépit des réserves que nous avons formulées sur certaines des tendances législatives que la loi laisse entrevoir, son esprit est louable.

Le principe de la concentration de la direction générale d'une société anonyme entre les mains d'un nombre très restreint de personnes est bon. Mais l'expression littéraire de ces tendances et de ce principe est défectueuse. Le texte de la loi, sur bien des points, reste obscur et certaines de ses dispositions demeurent contradictoires. Les distinctions nécessaires n'ont pas été faites et la mise en œuvre de la loi demeure difficile. L'incertitude dans laquelle elle place ceux qui sont chargés de l'appliquer ou de l'observer ne peut que s'ajouter à l'incertitude plus générale dans laquelle est plongée l'économie nationale.

Il aurait fallu que le législateur — si tant est qu'une réforme aussi profonde soit aujourd'hui souhaitable — apportât à son œuvre plus de souplesse. Adopter, comme il l'a fait, un même cadre étroit pour chaque

société sans tenir compte des capitaux engagés, aboutit à une trop grande rigidité.

Il existe, en outre, un déséquilibre certain entre les pouvoirs et les responsabilités du chef désormais unique et la fragilité de son mandat. Il aurait été souhaitable qu'il fût permis aux sociétés importantes de placer à leur tête plusieurs directeurs.

Mais arrêtons ici nos critiques, car, qui peut se flatter de proposer les solutions qui, demain, triompheront ? La loi nouvelle ne peut qu'être le prélude d'une œuvre plus vaste. La pratique révélera rapidement les réformes désirables.

Nous ne pouvons que formuler, avec M. Paul CORDONNIER (1), le vœu que le législateur, *après s'être entouré d'avis autorisés*, élabore demain un texte meilleur et qui précise enfin les dispositions anciennes abrogées.

VU,

Le Doyen de la Faculté :

RIPERT.

VU,

Le Président de Thèse :

PERCEROU.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER

Le Doyen de la Faculté des Sciences

faisant fonctions de Recteur de l'Académie de Paris :

MAURAIN.

(1) Paul CORDONNIER : Commentaire de la loi du 16 novembre 1940, D.C. 1941, Législation, page 1.

BIBLIOGRAPHIE

ASSOCIATION NATIONALE DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS. — Commentaire anonyme de la loi du 18 septembre 1940 et le Statut des Présidents et des Administrateurs de Sociétés anonymes d'après la loi du 16 novembre 1940.

ESMEIN (P.). — *Gazette du Palais*, n° du 18-19 décembre 1940.

CORDONNIER (Paul). — Dalloz, Recueil critique, 1941, 1^{er} cahier, page 13.

BOSVIEUX. — *Journal des Notaires* 1940, page 817 et suivantes.

DECUGIS. — La loi du 16 novembre 1940. (Sirey éd.).

GAIN (René). — Le régime nouveau de l'administration des Sociétés anonymes.

PIOT. — Commentaire de la loi du 16 novembre 1940.

— Recueil général des lois 1940, n° 11.

MICHEL (Jean). — *Gazette du Palais*, n°s des 2-3 octobre; 13-14 novembre; 6-7 décembre 1940.

BAUDOUIN, BUGNET et GOZARD. — La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne. (Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence 1941).

BEAUDOUIN, BUGNET. — Les sociétés par actions en Allemagne. Loi du 30 janvier 1937. Paris, 1939.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
--------------------	---

CHAPITRE PREMIER

<i>De l'organisation de la Direction des Sociétés anonymes avant les lois des 18 septembre et 16 novembre 1940</i>	9
--	---

CHAPITRE II

<i>De l'organisation de la Direction des Sociétés anonymes d'après les lois des 18 septembre et 16 novembre 1940</i>	19
--	----

SECTION I. — Modifications d'ensemble apportées par la loi du 16 novembre 1940 à la Direction des Sociétés ano- nymes	20
---	----

SECTION II. — De la nomination du Président Directeur Général	25
--	----

SECTION III. — De la rémunération des fonctions de Président Directeur Général	28
---	----

CHAPITRE III

<i>Des pouvoirs et des fonctions du Président Directeur Général.</i>	31
--	----

SECTION I. — Pouvoirs du Président Directeur Général	32
--	----

SECTION II. — Du Directeur Général substitué au Président du Conseil	39
---	----

CHAPITRE IV

<i>De la responsabilité du Président Directeur Général</i>	73
SECTION I. — De la responsabilité des administrateurs sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 et des décrets-lois de 1929 et de 1937	73
SECTION II. — La responsabilité des administrateurs sous l'empire de la loi du 16 novembre 1940	90

CHAPITRE V

<i>De la cessation des fonctions de Président Directeur Général..</i>	133
---	-----

CHAPITRE VI

<i>La loi allemande du 30 janvier 1937</i>	145
SECTION I. — Principes directeurs de la loi du 30 jan- vier 1937	145
SECTION II. — Les organes de direction des Sociétés anonymes selon la loi du 30 janvier 1937	151
SECTION III. — Analogie et différence des législations alle- mande et française	176

ANNEXE I

Loi du 18 septembre 1940 relative au nombre et à la respon- sabilité des administrateurs, aux fonctions et à la responsabilité des Présidents de Sociétés anonymes....	181
--	-----

ANNEXE II

Sociétés anonymes — Administration

Loi du 16 novembre 1940 relative aux Sociétés anonymes ..	183
CONCLUSION	187
BIBLIOGRAPHIE	189

